

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

L'ARTICLE 11 (Paragrapbes 2 et 3)
du
RÈGLEMENT D'ORGANISATION JUDICIAIRE
pour les
PROCÈS MIXTES EN ÉGYPTÉ

(CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DE LA CONDITION JURIDIQUE
DES ÉTRANGERS EN ÉGYPTÉ
SOUS LE RÉGIME DE LA RÉFORME JUDICIAIRE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 23 Mars 1914

PAR

• **ABD EL-SALAM ZOHNÏ**

Avocat au Tribunal de Beni-Souëf (Égypte)

SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE A. MULCEY

J. DESVIGNE, Représentant
9, Rue Belfort, LYON
1914

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

65058

L'ARTICLE 11 (Paragraphes 2 et 3)
du
RÈGLEMENT D'ORGANISATION JUDICIAIRE
pour les
PROCÈS MIXTES EN ÉGYPTÉ

(CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DE LA CONDITION JURIDIQUE
DES ÉTRANGERS EN ÉGYPTÉ
SOUS LE RÉGIME DE LA RÉFORME JUDICIAIRE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 23 Mars 1914

PAR

ABD EL-SALAM ZOHNÏ

Avocat au Tribunal de Beni-Souéf (Égypte)



SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE A. MULCEY

J. DESVIGNE, Représentant
9, Rue Belfort, LYON
1914



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

- THALLER, ✱, I. ☞, professeur honoraire.
AUDIBERT, ✱, I. ☞, professeur honoraire.
JOSSEKAND, I. ☞, Doyen, professeur de Droit civil.
GARRAUD, I, ☞, ✱, professeur de Droit criminel, correspondant de l'Institut.
APPLETON (Charles), ✱, I. ☞, professeur de Droit romain.
COHENDY, O. ✱, ☞, ✱, professeur de Droit commercial.
PIC, I. ☞, professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), I. ☞, professeur de Droit administratif.
LAMBERT, A. ☞, professeur d'Histoire générale du Droit français.
BOUVIER, I. ☞, professeur de Science financière et de Législation française des finances.
LAMEIRE, I. ☞, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.
BROUILHET, I. ☞, professeur d'Economie politique.
HUVELIN, I. ☞, professeur de Droit romain, assesseur du Doyen.
LÉVY, I. ☞, professeur de Droit civil.
GONNARD, I. ☞, professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Economie politique.
BOUVIER-BANGILLON, I. ☞, professeur de Procédure civile.
PICARD, agrégé, chargé d'un Cours de Droit civil.
BECQ (J.), I. ☞, secrétaire.
-

MEMBRES DU JURY

M. LAMBERT, professeur.....	Président.
M. PIC, professeur.....	{ Assesseurs.
M. BOUVIER-BANGILLON, professeur.....	

La Faculté entend ne donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PREMIÈRE PARTIE

Le Cadre Procédural de développement de la Théorie Égyptienne de la responsabilité de l'Etat

PREMIÈRE PARTIE

Le Cadre Procédural de développement de la Théorie Égyptienne de la responsabilité de l'Etat.

1. Parmi les dispositions d'origine internationale de notre législation actuelle, qui définissent et réglementent le statut juridique des étrangers en Egypte, il en est peu qui présentent autant d'importance pratique et qui aient donné lieu à des applications judiciaires aussi nombreuses et aussi retentissantes que l'article 11 du R. O. J., dont la teneur, afin de mieux marquer ainsi son caractère de disposition de droit civil, en même temps que de droit procédural, a d'ailleurs été reproduite littéralement par l'article 7 du Code civil mixte. Dans sa rédaction originelle, cet article était ainsi conçu :

« Ces tribunaux (tribunaux mixtes), sans pouvoir statuer sur la propriété du domaine public, ni interpréter ou arrêter l'exécution d'une mesure administrative, pourront juger, dans les cas prévus par le Code civil, les atteintes portées à un droit acquis d'un étranger par un acte d'administration ».

Ce texte a été assez profondément retouché depuis par le décret khédivial du 26 mars 1900, qui a substitué à la formule initiale les trois paragraphes suivants :

« § 1. — Ces tribunaux ne pourront statuer sur la propriété du domaine public.

« § 2. — Ils ne pourront connaître des actes de souveraineté ni des mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique.

« § 3. — Mais, sans pouvoir interpréter un acte d'administration ou en arrêter l'exécution, ils seront compétents pour juger les atteintes portées par cet acte à un droit acquis d'un étranger, reconnu soit par des traités, soit par des lois, soit par des conventions. »

Le premier de ces paragraphes est consacré à un sujet, la théorie du domaine public, qui ne rentre pas dans le cercle que nous avons assigné à nos investigations.

Les deux derniers, au contraire, sont étroitement liés l'un à l'autre et tendent à organiser la défense des droits individuels dans leurs rapports avec la puissance publique, non pas, comme en France, sur le terrain spécial du droit public, mais sur le terrain du droit civil, sans faire appel à l'intervention d'une justice bureaucratique ou administrative, en s'en rapportant, du soin de réaliser dans les faits cette protection, aux tribunaux de droit commun. C'est à l'examen de ces paragraphes 2 et 3 que nous limiterons notre étude.

Ils se meuvent principalement sur le terrain de la procédure et de l'organisation judiciaire. Mais, de ces règles de compétence juridictionnelle, notre pratique

judiciaire a su faire sortir les éléments d'une théorie civilistique de la responsabilité de la puissance publique, grâce à un travail poursuivi avec une continuité de vues et de directions qui se retrouve rarement au même degré dans les jurisprudences nationales d'Europe. Et l'on ne peut pas dire de cette jurisprudence des tribunaux mixtes ce que M. Dicey a pu dire, avec beaucoup d'apparence de raison, de la jurisprudence, qui offre tant de points de contact avec elle, du Conseil d'Etat français, à savoir qu'elle constitue, comme la *common law* anglaise, un corps de *case-law* (droit jurisprudentiel), de *judge-made-law* (droit fait par les juges) (1). Non, cette jurisprudence n'est pas une œuvre prétorienne. Elle s'est édifiée sur des assises fournies par la loi elle-même. Si elle a toujours interprété dans un esprit plutôt extensif que restrictif les pouvoirs que l'article 11 confère aux tribunaux mixtes; si elle a développé les principes posés dans cet article jusqu'à leurs dernières conséquences logiques; si parfois même, dans les détails d'application, elle les a fait dévier au delà des prévisions primitives, il semble bien, cependant que, dans ses grandes lignes, elle soit demeurée fidèle aux directions initiales du législateur.

(1) DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, traduction André Batut et Gaston Jèze, 1902, p. 462 et suiv., et *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX^e siècle*, traduction Albert et Gaston Jèze, 1906, p. 340-376 et surtout 463-479. Cf. sur cette notion du droit judiciaire : POLLOCK, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, p. 237-260, et *First Book of Jurisprudence*, p. 229 et suiv. — SALMOND, *The theory of judicial precedents* dans *Law quarterly Review*, XVI, 1900, p. 376-391. — GREEN, *Judicial precedents* dans *Harvard Law Review*, IX, p. 27 et suiv., et *Custom in the common law* dans *Law quarterly Review*, IX, p. 153 et suiv. — EDOUARD LAMBERT, *La fonction du droit comparé*, p. 180-208 et 796-799.

LIVRE I

L'Economie générale

de l'Article 11. —

Ses rapports avec les Capitulations

et la

Réforme judiciaire

LIVRE I

L'Economie générale de l'Article 11. — Ses rapports avec les Capitulations et la Réforme judiciaire.

2. BIBLIOGRAPHIE. — Sur les matières traitées dans ce premier livre, voir surtout les trois ouvrages suivants : PÉLISSIE DU RAUSAS, *Le régime des Capitulations dans l'empire ottoman*, 2^e édition, 1911, II, p. 247-505; LAMBA, *De l'évolution juridique de la condition des Européens en Egypte*, thèse, Paris, 1896, p. 32-303; (il y a peu de chose à glaner sur notre sujet dans l'ouvrage plus récent du même auteur : *Droit public et administratif de l'Egypte*, Le Caire, imprimerie nationale, 1909), et VERCAMER, *La juridiction mixte et ses attributions législatives*, Bruxelles, établissements Emile Bruylant, 1911. — On trouvera les textes et matériaux diplomatiques les plus usuels dans BORELLI BEY, *Législation égyptienne annotée*, Le Caire, 1892, I, introduction, p. XXVII-CXXXIX et surtout dans *Documents diplomatiques de France* (*livres jaunes* de novembre 1869, de janvier et de novembre 1875; négociations relatives à la réforme judiciaire en Egypte). Pour l'énumération des monographies secondaires et des articles de revues, voir la bibliographie déjà ancienne, mais relativement détaillée, de BONNEVAY, *Organisation judiciaire de*

l'Egypte, thèse de doctorat, Lyon, 1902, p. I-IV; celle de COCHERIS, *Situation internationale de l'Egypte et du Soudan*, Paris, Plon-Nourrit, 1903, p. 561-671 (l'ouvrage lui-même offre peu d'intérêt pour notre matière, traitant surtout de l'histoire des rapports politiques de la France et de l'Angleterre en Egypte), de BREHIER, *L'Egypte de 1798 à 1900*, p. 279 et suiv., 308 et suiv., et la bibliographie plus récente, mais encore incomplète malgré son étendue, de BAHA ED DINE BARAKAT, *Des privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte vis-à-vis des autorités locales*, thèse, Montpellier, 1912, p. VI-XV.

Avant d'entrer dans l'étude analytique de cet article, il importe de rappeler d'abord le complexus de dispositions législatives dans lequel il s'encadre et le milieu où il a pris naissance. Une disposition légale ne saurait, en effet, sans de graves inconvénients pour l'exactitude de sa compréhension, être isolée de son contexte et de ses antécédents. Pour avoir chance de pénétrer la signification réelle de l'article 11, il convient donc de définir, préalablement à toute autre étude, la portée et l'autorité du document dans lequel il figure, *le règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes en Egypte* et, comme ce règlement n'est lui-même que l'une des pièces — pièce principale, il est vrai, — d'une œuvre législative plus générale, de préciser en quelques mots la nature et les caractères essentiels de cette œuvre législative.

CHAPITRE I

La Réforme judiciaire de 1875

On sait que, en 1875, une transformation profonde, quoique de caractère provisoire, mais d'un provisoire qui dure toujours, a été réalisée dans la condition juridique internationale de l'Egypte par un ensemble de mesures novatrices connues dans la pratique sous le nom de *Réforme judiciaire*. Ces mesures ont abouti, en même temps qu'à la création de tribunaux où voisinent les magistrats indigènes et les magistrats européens, mais où l'élément européen est en majorité, à une réception partielle du droit occidental sous la forme du droit français. Elles marquent la date où, au régime absolu de domination de la personnalité des lois, sont venues se substituer les institutions de l'Egypte contemporaine et leurs lois territoriales.

SECTION I

L'Immunité juridictionnelle et l'Immunité législative des Etrangers avant la Réforme

3. On sait aussi qu'avant la Réforme judiciaire, les ressortissants et protégés de puissances étrangères, en dehors d'un certain nombre de libertés garanties par les *Capitulations*, que nous retrouverons souvent sur notre chemin, et auxquelles la réforme n'a pas touché ou qu'elle n'a que partiellement entamées, jouissaient, en fait, de deux privilèges, l'immunité de juridiction et l'immunité législative, qui avaient pris une extension telle qu'ils devenaient difficilement conciliables avec les nécessités d'une administration régulière et ordonnée.

L'immunité de juridiction — issue dans son principe de dispositions des Capitulations, mais de dispositions singulièrement élargies et déformées par une pratique contraire, non seulement aux textes, mais même à l'esprit primitif de ces Capitulations (1), et qui tendait par l'effet

(1) Le caractère de pratique dérogatoire aux Capitulations de l'immunité juridictionnelle telle qu'elle fonctionnait à la veille de la réforme, est proclamé avec énergie dans le rapport adressé par Nubar Pacha au Khédive Ismaïl en 1867. Il est également reconnu par la majorité des auteurs européens : Cf. LAMBA, *De l'évolution de la condition juridique des Européens en Egypte*, thèse, 1896, p. 64-76. — VERCAMER, *La juridiction mixte égyptienne et ses attributions législatives*, Bruxelles, 1911, p. 23-24. — LOUIS RENAULT, *Bulletin de la société de législation comparée*, 1875, p. 255. — FERAUD-GIRAUD, *De la juridiction française dans les Echelles du Levant*, 2^e édition, Paris, 1866, II, p. 341 et suiv., et surtout les discussions devant la Commission internationale du Caire de 1869 (CLUNET, 1874, p. 61). La conformité de cette pratique, soit au texte, soit à l'esprit des Capitulations a, au contraire, été soutenue par BORELLI-BEY, *La législation égyptienne annotée*, introduction, p. XI et XII, et, avec plus de réserves, par PÉLISSIE DU RAUSAS, *Le régime des Capitulations dans l'empire ottoman*, 2^e édition, II, 1911, p. 266-270.

du temps à prendre la valeur de coutume internationale — permettait aux étrangers d'échapper à l'action des tribunaux de l'Etat égyptien pour demeurer exclusivement justiciables des juridictions consulaires de leurs pays. Ce privilège de juridiction n'existait pas seulement en matière pénale où il était absolu. La coutume en admettait aussi l'application, toutes les fois que l'étranger jouait le rôle de défendeur au procès, dans les matières civiles et, d'une façon plus générale — si l'on fait abstraction des tempéraments introduits, en ce qui concerne les matières commerciales, par la création des tribunaux mixtes de commerce du Caire et d'Alexandrie en 1861 et antérieurement déjà par un vieil usage (1) — dans toutes les matières de droit privé.

En vertu de cette pratique internationale, que résumait et exprimait la maxime *actor sequitur forum rei*, si souvent invoquée au cours des discussions et des conversations diplomatiques qui ont préparé la réforme de 1875, la juridiction compétente, pour résoudre les contestations qui s'élevaient en Egypte, soit entre étrangers de même nationalité, soit entre les ressortissants et les protégés de plusieurs Etats étrangers, soit entre étrangers et indigènes, au moins quand l'indigène jouait le rôle de demandeur (2), était toujours déterminée par la nationalité du défendeur et choisie dans le cercle des juridictions qui doivent leur institution, non pas à l'initiative de la puis-

(1) LAMBA, *Evolution de la condition juridique des Européens en Egypte*, p. 73-74. — FERAUD-GIRAUD, *De la juridiction française dans les Echelles du Levant*, I, p. 369.

(2) Quand l'indigène était défendeur, la règle *actor sequitur forum rei* aurait exigé qu'il ne pût être poursuivi que devant les tribunaux égyptiens, mais, sur ce point, elle était loin d'être respectée.

sance publique égyptienne, mais à celle de puissances étrangères. Cette méthode pratique de fixation de la compétence juridictionnelle ne comportait pas d'exception, même pour les cas où elle paraît le plus difficile à justifier, parce qu'elle entre en contradiction flagrante avec le dispositif des Capitulations turques (1) et produit son maximum d'inconvénients économiques, c'est-à-dire dans les procès concernant la propriété foncière ou le régime des droits réels immobiliers (2).

Il convient même d'ajouter que la règle *actor sequitur forum rei* n'était pleinement appliquée que dans l'intérêt et au profit des étrangers et que, dans la mesure où elle était destinée à assurer aux indigènes l'avantage de poursuivre leur défense devant leurs juridictions nationales, elle restait bien souvent lettre-morte, parce que l'indigène cité par un étranger devant un tribunal consulaire était facilement porté à accepter cette juridiction, pour des raisons d'ordre pratique qu'il serait trop long d'exposer ici, de sorte que les consulats européens tendaient de plus en plus à s'arroger, sinon en droit, du moins en fait, une compétence générale pour les contestations s'élevant entre leurs nationaux et les indigènes (3).

4. Cette première immunité, que les traités n'avaient que partiellement reconnue aux étrangers, mais que ceux-ci

(1) Voir, à cet égard, les observations échangées dans la Commission internationale du Caire de 1869 (CLUNET, 1874, p. 61).

(2) LAMBA, I. c., p. 71-73. — PÉLISSIE DU RAUSAS, I. c., II, p. 183; 252-253.

(3) Pour la détermination exacte de la portée de cette pratique, nous renvoyons surtout à l'ouvrage précité de LAMBA, I. c., p. 70-71, dont les développements nous semblent plus précis que ceux de PÉLISSIE DU RAUSAS, I. c., II, p. 247.

avaient pu indéfiniment étendre grâce à la longue tolérance du Gouvernement égyptien, avait donné naissance à une seconde sorte d'immunité dont on chercherait vainement la trace dans les textes officiels du droit capitulaire et qui s'était développée comme un corollaire naturel de l'immunité juridictionnelle : l'immunité législative.

Chacun des tribunaux consulaires reçoit son programme d'administration de la justice du législateur de son pays, et non pas des autorités légiférantes de l'Etat sur le territoire duquel il fonctionne.

En dehors des cas prévus par le droit international privé comme donnant lieu à l'application des lois étrangères, et en l'absence d'ordres contraires ou d'autorisations tacites de leurs lois organiques, c'est aux principes de leurs législations nationales, et non pas aux principes du droit local, que ces juridictions doivent recourir pour résoudre les litiges dont elles sont saisies. Il ressort donc de la nature même de l'institution consulaire que les tribunaux étrangers qui exercent leur activité en Egypte, non seulement ne sont pas liés par les prescriptions de la législation égyptienne, mais, en outre — quoique ici la rigueur des principes ait subi chez nous quelques tempéraments pendant les années qui précèdent la Réforme judiciaire (1) — ne peuvent pas, sans outrepasser leurs pouvoirs, faire application à leurs justiciables de ces prescriptions du droit local (2). En soustrayant les étrangers

(1) Sur ces tempéraments, PÉLISSIE DU RAUSAS, II, p. 256-263. — LAMBA, I. c., p. 77-78. — DISLÈRE et DE MOUY, *Droits et devoirs des Français dans les pays d'Orient*, 1893, p. 95 et suiv.

(2) Cf. les annotations au DALLOZ, 1873, II, 126, sur l'arrêt de la Cour d'Appel d'Aix du 22 mars 1872, et PÉLISSIE DU RAUSAS, II, p. 253 et suiv.

à la compétence des tribunaux indigènes, on les libérait donc du même coup de la tutelle du droit local; en les soumettant à la juridiction de leurs consuls, on leur assurait la jouissance en Egypte de leurs législations nationales.

Il importait de signaler, au seuil même de notre étude, cette origine de l'immunité législative des étrangers qui, avant 1876, ne se présentait pas comme un privilège distinct, ayant ses titres justificatifs propres, mais comme l'une des conséquences pratiques de l'immunité juridictionnelle, comme le résultat de la combinaison de cette immunité avec les données fondamentales du statut institutionnel de la juridiction consulaire, et ne pouvait pas, par conséquent, déborder en dehors de la sphère d'application de l'immunité juridictionnelle elle-même (1). Sans doute, le lien de filiation historique, qui rattache l'immunité législative à l'immunité juridictionnelle, n'a jamais été et ne saurait être sérieusement contesté. Mais, trop souvent, ceux-là même qui en proclament l'existence, oublient ensuite de dégager les conséquences pratiques de cette constatation et n'hésitent pas à attribuer à l'immunité législative une portée ou des effets manifestement inconciliables avec ses origines historiques (2). Il nous faudra, à plus d'une reprise revenir sur cette remarque et nous rencontrons ici l'un des jalons auxquels nous aurons le plus fréquemment à recourir pour repérer notre route.

(1) Cf. VERCAMER, *La juridiction mixte égyptienne et ses attributions législatives*, p. 24 et suiv.

(2) Il suffira, pour s'en convaincre, de comparer les développements, quelque peu contradictoires, que M. Péliissié du Raùsas consacre à l'immunité législative dans deux chapitres distincts de son ouvrage : *l. c.*, II, p. 253-254 et 463-486.

5. L'immunité juridictionnelle, ainsi aggravée par l'existence naturelle qu'est l'immunité législative, engendrait toute une série d'inconvénients, dont les hommes d'Etat les plus optimistes ne pouvaient nier la gravité, et que l'on trouvera énumérés en détail chez la plupart des écrivains qui ont étudié l'histoire de la Réforme judiciaire, et notamment dans les ouvrages de MM. Lamba et Pélassié du Rausas (1) : suppression de fait de la défense sous forme de demande reconventionnelle dans le cas où les parties sont de nationalités différentes et impossibilité corrélatrice de soumettre à un seul et même juge les divers aspects d'un même contrat ; obligation pour quiconque a à former une demande contre plusieurs défendeurs — situation fréquente surtout pour les syndics de faillite — d'introduire autant d'actions et de saisir autant de tribunaux qu'il y a de nationalités représentées ; nécessité pour celui-là même des plaideurs qui a obtenu gain de cause en première instance de poursuivre la procédure en appel devant la juridiction de l'appelant, même située en pays étranger, parfois à une distance fort grande de l'Egypte ; complications et contrariétés d'arrêts inextricables quand des parties de nationalités différentes font appel d'une même sentence ; diversité de juridictions et de législations pénales rendant impossible l'égalité des peines et paralysant les instructions criminelles ; application simultanée sur le territoire de l'Egypte, et pour y régler l'organisation de la propriété foncière, de seize législations diffé-

(1) LAMBA, *Condition juridique des Européens*, p. 78-83. — PÉLISSÉ DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 270-273, et surtout *Rapport de la Commission internationale du Caire de 1869* dans BORELLI-BEY, *Législation égyptienne annotée*, p. LXIX-LXXII, et le *Rapport de la Commission française de 1867* ; BORELLI-BEY, p. XXXIV et LIII-LV, et *Documents diplomatiques*, novembre 1869, p. 84 et suiv.

rentes et souvent contradictoires et, par conséquent, obstacle apporté à l'établissement d'un système stable et efficace de protection du crédit immobilier; apparition d'un véritable régime d'anarchie dans la constitution de la propriété foncière de nature à entraver ou, au moins, à ralentir considérablement le développement économique du sol.

SECTION II

Les Travaux préparatoires de la Réforme

6. C'est la préoccupation de ces inconvénients, et le désir d'y mettre un terme qui, en 1867, inspira à Nubar Pacha, alors Ministre des affaires étrangères et Président du Conseil des Ministres, le célèbre rapport au Khédive Ismaïl qui a formé le point de départ et la base des négociations de la Réforme judiciaire (1), et où il proposait de solliciter des puissances étrangères l'abandon de l'immunité juridictionnelle dont jouissaient leurs ressortissants en leur offrant en échange la garantie de l'organisation, pour juger les procès ainsi enlevés à la connaissance des juridictions consulaires, de nouvelles catégories de tribunaux, qui seraient sans doute des tribunaux égyptiens et dont l'institution constituerait par là même un hommage rendu au droit de justice territoriale du Khédive, mais dans la composition desquels entrerait largement l'élément européen et qui appliqueraient une législation en harmonie avec le mouvement général des législations occidentales : en matière commerciale, le Code de commerce français, et, pour les autres matières, des Codes spéciaux, mais destinés à combiner, en les conciliant, les dispositions du

(1) Le rapport de Nubar Pacha se trouve dans les *Documents diplomatiques*, 1869, XIII, p. 77-83. Pour l'analyse de ses directions essentielles, cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, l. c., II, p. 274-277. — LAMBA, *Condition des Européens*, p. 83-89. Sur Nubar Pacha cf. COCHERIS, *Situation internationale de l'Égypte et du Soudan*, p. 234-235.

droit français, déjà prédominant en Egypte dans l'usage des Européens, avec la législation égyptienne et les lois des autres nations européennes.

Le rapport de Nubar Pacha, communiqué officiellement aux agents des puissances étrangères, rencontra un accueil particulièrement réservé près de la France, qui, comme le dit fort justement M. Pélissié du Rausas (1), avait alors en Egypte une situation prépondérante et considérait que le régime des Capitulations, tel qu'il fonctionnait par suite des dérogations de l'usage ci-dessus exposées, constituait la meilleure garantie du maintien de cette prépondérance (2). La Commission consultative réunie par le Gouvernement français à Paris, au Ministère des affaires étrangères, au cours de la même année 1867, pour examiner le projet de Nubar Pacha et rechercher les réfections à la Constitution internationale de l'Egypte qu'il était possible de consentir sans risquer de compromettre les intérêts de la France, s'arrêta à des solutions qui s'écartaient des propositions du Président du Conseil des Ministres égyptien sur des points nombreux et essentiels, comme la compétence répressive des nouveaux tribunaux que Nubar Pacha aspirait à étendre au cercle entier du droit pénal, tandis que la Commission ne la jugeait admissible que dans la sphère limitée des infractions contraventionnelles ; comme le recrutement des

(1) L. c., II, p. 277.

(2) Le Gouvernement français paraît avoir été impressionné par l'opinion des colonies étrangères du Caire et d'Alexandrie qui se montrait fort inquiète des projets de Nubar Pacha. D'autres puissances prirent d'ailleurs plus nettement parti, comme la Grèce qui répondit par un refus formel. Cf. LAMBA, *Condition juridique des Européens*, p. 88.

magistrats étrangers pour lequel Nubar Pacha prétendait écarter toute ingérence des puissances étrangères, alors que la Commission française entendait qu'ils fussent nommés par le Khédive sur la simple désignation de leurs Gouvernements (1).

7. Ce furent surtout les résistances de la principale bénéficiaire du régime des Capitulations qui amenèrent Nubar Pacha à changer de tactique, à proposer et à réaliser, à force d'opiniâtreté, après de longues et difficiles négociations, la réunion au Caire, en 1869, à l'époque des fêtes d'inauguration du Canal de Suez, d'une Commission internationale qui pût écouter et discuter ses doléances, mais à laquelle toutefois les puissances européennes n'avaient consenti à donner qu'un rôle consultatif (2).

A cette Commission Nubar Pacha soumit, au cours de la séance du 27 décembre 1869, un nouveau programme de réforme judiciaire qui accentuait encore les précautions prises dans le projet initial pour calmer les inquiétudes des colonies européennes, en assurant dans les nouveaux tribunaux la prédominance numérique à

(1) Le rapport de la Commission française de 1869 se trouve dans les *Documents diplomatiques*, 1869, XIII, p. 84-121. Il est reproduit aussi dans BORELLI-BEY, *Législation égyptienne annotée*, p. XXVII-LXIII.

(2) Cf. Circulaire du Ministre des affaires étrangères en date du 6 octobre 1869, adressée à MM. Tricou et Piétri, délégués français à la Commission internationale, dans *Documents diplomatiques*, janvier 1875, p. 142-145, et BORELLI-BEY, l. c., p. LXV-LXVIII; lettre du prince de la Tour d'Auvergne à l'ambassadeur de France à Constantinople du 12 août 1869 dans BORELLI-BEY, l. c., p. LXIII-LXV et *Documents diplomatiques*, janvier 1875, p. 124-142.

l'élément européen (1) et en organisant des mesures vraiment efficaces pour garantir l'impartialité des magistrats et leur indépendance vis-à-vis du Gouvernement (2). Pour obtenir que la compétence des tribunaux de la Réforme à l'égard des ressortissants et des protégés des puissances étrangères devînt absolue en matière criminelle et ne fût plus limitée en matière civile que par le droit reconnu aux consuls de statuer sur les litiges entre étrangers de même nationalité, le projet de 1869 n'hésitait pas à déférer aux nouveaux tribunaux « toutes les contestations commerciales entre indigènes et toutes les contestations civiles que les parties exclusivement indigènes consentiraient à leur soumettre » et, par une disposition, plus originale encore et où nous trouvons déjà un des précédents directs des articles 10 et 11 du règlement d'organisation judiciaire — c'est-à-dire des textes dont le commentaire formera le centre de notre première partie — à déclarer ces tribunaux compétents pour statuer sur tous les procès concernant le Gouvernement égyptien, les administrations et daïras du Khédive et des princes,

(1) Cette garantie complémentaire avait déjà été antérieurement promise par Nubar Pacha au cours des premiers pourparlers avec la France. Elle est déjà formulée dans la note de Nubar Pacha du 3 décembre 1867 intitulée : *Quelques explications sur les garanties que présentera l'organisation judiciaire proposée pour l'Egypte*.

(2) Voir le rapport de la Commission internationale de 1869, dans BORELLI-BEY, I. c., p. LXXVIII-LXXXVI et surtout le document intitulé : *Procès-verbaux de la Commission internationale instituée pour l'examen des propositions du Gouvernement égyptien tendant à réformer l'administration de la justice en Egypte*, Alexandrie, imprimerie française, Mourés et Cie, 1870 (séance du 27 décembre 1869).

quelle que fût la nationalité de la partie adverse, même si celle-ci était indigène (1).

Cette dernière proposition, qui ouvrait largement aux gens du pays l'accès des nouveaux tribunaux et confiait à ces juridictions, quoique les magistrats de nationalité européenne fussent destinés à y être en majorité, la mission de défendre contre les administrations publiques les droits subjectifs des indigènes en même temps que ceux des Européens, eût été de nature à imprimer à nos institutions juridiques une orientation fort différente de celle qu'elles ont prise. Elle eût, on le voit, si elle avait pu triompher au cours des discussions de 1869 et 1870, suffi à empêcher la formation de la dualité de systèmes, de la trop fréquente opposition de vues entre la jurisprudence des tribunaux mixtes et celle des tribunaux indigènes que nous allons relever dans la réglementation de la responsabilité de la puissance publique.

8. Ce furent encore les résistances françaises qui firent échouer la partie si hardie du second projet de Nubar Pacha relative à la compétence des tribunaux mixtes pour les rapports des indigènes entre eux ou avec les administrations égyptiennes. Les délégués français les firent écarter sans discussion en se retranchant derrière le caractère impératif d'instructions qui ne leur donnaient pas mandat pour en entreprendre l'examen (2). La Com-

(1) Articles 13 § 2 du projet d'organisation judiciaire déposé par Nubar Pacha dans la séance du 15 décembre 1869. Articles 18 § 2 du nouveau projet soumis à la Commission dans la séance du 27 décembre 1869 (dans le recueil précité des procès-verbaux de la Commission).

(2) Procès-verbal de la séance du 27 décembre 1869 dans le recueil précité des procès-verbaux de la Commission.

mission internationale de 1869-1870 fut toutefois amenée, par la considération des nécessités que lui révélait une enquête opérée sur place, à faire à Nubar Pacha un certain nombre de concessions qui, par comparaison avec les solutions préconisées par la Commission française de 1867, marquaient, au point de vue du Gouvernement égyptien, des progrès appréciables. C'est ainsi qu'elle admettait, non seulement que les sentences des nouveaux tribunaux pussent être exécutées sans l'intervention de l'autorité consulaire, mais aussi que ces tribunaux fussent compétents pour les contestations entre étrangers de diverses nationalités, et que leur juridiction pénale dût s'étendre, après réfection préalable de cette partie de la législation égyptienne, aux matières correctionnelles et criminelles aussi bien qu'aux simples contraventions.

9. Mais cette Commission n'avait pas pouvoir de décision. Ses propositions parurent inquiétantes au Gouvernement français, qui confia le soin de les examiner, au point de vue de leur conciliation possible avec les intérêts français, à une nouvelle Commission nationale, siégeant, comme celle de 1867, au Ministère des affaires étrangères, à Paris. La Commission française de 1870 émit l'avis qu'il convenait, d'une part, d'écarter les deux dernières concessions faites par la Commission internationale de 1869 en ce qui concerne l'extension de la compétence des tribunaux mixtes, soit aux litiges entre étrangers de diverses nationalités, soit aux affaires criminelles ou correctionnelles, et, d'autre part, de n'accepter la réforme proposée qu'à titre d'essai et pour une période d'expérimentation de cinq ans. Les pourparlers, engagés sur cette base entre le Ministère français Emile Ollivier et le Ministère Nubar Pacha, aboutirent à une solution transactionnelle : renon-

ciation à toute revendication de compétence pénale pour les tribunaux mixtes en dehors des affaires de simple police; reconnaissance de leur compétence civile et commerciale pour les rapports entre ressortissants de nationalités différentes, et attribution d'un caractère provisoire à l'institution des nouveaux tribunaux et aux modifications apportées aux Capitulations, comme conséquence de cette institution. D'où le projet de réforme judiciaire égyptienne de 1870, connu sous le nom de projet français (1), qui était sur le point d'entrer définitivement dans le domaine de la réalisation quand la guerre franco-allemande vint interrompre les négociations entre l'Égypte et la France.

10. En 1872, Nubar Pacha, qui négociait alors à Constantinople avec le Sultan, reprit de cette ville ses pourparlers avec les puissances étrangères, mais en essayant de revenir sur la concession consentie en 1870 au Ministère Emile Ollivier et de faire accepter sans réserves la juridiction pénale des futurs tribunaux de la réforme (2). Ce fut l'opposition du Gouvernement français qui fit échouer

(1) Le texte du projet français se trouve reproduit dans le rapport présenté à l'Assemblée nationale en 1875 par M. Rouvier, au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de convention approbative de la réforme arrêté entre les Gouvernements français et égyptien, *Journal Officiel français* du 19 décembre 1875, annexe n° 3419 et *Documents diplomatiques*; Livre Jaune de janvier 1875, p. 6-10. Transmis au Gouvernement italien et communiqué par lui au Parlement, il figure, pour cette raison dans les *Atti parlamentari*, 1874-1875, p. 90. Cf. BAHÁ ED DINE BARAKAT, *Des privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Égypte vis-à-vis des autorités locales*. Thèse, Montpellier, 1912, p. 230-234.

(2) PÉLISSÉ DU RAUSAS, L. c., II, p. 290. — LAMBA, *Condition juridique des Européens*, p. 94.

cette dernière tentative de retour partiel au plan primitif de la réforme et obligea le grand homme d'Etat égyptien à se contenter d'une satisfaction plus théorique que réelle, l'attribution aux nouveaux tribunaux, par dérogation au *statu quo*, maintenu en dehors de là pour toutes les causes criminelles et correctionnelles, de la connaissance d'un petit nombre de crimes et de délits, se rattachant tous au fonctionnement de la magistrature nouvelle et limitativement déterminés par les soins d'une conférence internationale convoquée à Constantinople en 1873 (1).

Enfin quand, à la date du 24 février 1873, Nubar Pacha, sur les fondements ainsi dégagés par un échange de vues international, eut achevé la mise au point des documents législatifs destinés à réaliser la réforme judiciaire et put les adresser aux puissances intéressées, il lui fallut, avant d'arriver au but déjà depuis si longtemps visé, vaincre encore de dernières et énergiques résistances de la France. Tandis que les Gouvernements des autres grandes puissances donnaient presque immédiatement leur adhésion à la mise en vigueur de ces textes, le Gouvernement français ne se laissa arracher la sienne qu'au bout de plus d'une année entière de négociations (2), en la subordonnant à une série de

(1) Voir le rapport de la Commission dans BORELLI-BEY, l. c., p. LXXXVII-CVI et les procès-verbaux de ses séances dans *Documents diplomatiques*, Livre Jaune de janvier 1875, p. 39-130. Cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, II, p. 291, 400 et suiv.

(2) Les motifs de ces hésitations et les raisons de l'acceptation finale sont fort bien exposés dans le rapport de la *troisième Commission* française chargée par le Gouvernement d'examiner le projet définitif d'organisation judiciaire arrêté par Nubar Pacha à la suite des travaux de la Commission de Constantinople : *Documents diplomatiques*. Janvier 1875, p. 191-199. Cf. BAHÁ ED DINE BARAKAT, l. c., p. 238.

réerves insérées dans un procès-verbal annexé au protocole d'adhésion. Et après être venu à bout de l'opposition du cabinet français, Nubar Pacha eut à faire face à une opposition plus énergique encore du Parlement français d'alors, l'Assemblée nationale, opposition qu'il ne put désarmer qu'en la mettant en présence d'un fait acquis, en faisant inaugurer solennellement, le 28 juin 1875, par le Khédivé Ismaïl, les tribunaux mixtes et en démontrant ainsi que la nouvelle organisation judiciaire pourrait fonctionner même sans le concours de la France (1). Grâce à cette mesure indirecte de pression, la loi française du 17 décembre 1875 vint mettre le dernier sceau de la consécration internationale à la réforme judiciaire égyptienne.

Les défiances inspirées à la France par l'œuvre de Nubar Pacha se sont toutefois manifestées jusque dans cet acte d'approbation parlementaire par l'adjonction comme annexes de documents destinés à limiter la portée de la réforme et à écarter d'avance l'éventualité d'interprétations, jugées dangereuses pour les intérêts européens, de certains articles des textes réformateurs, parmi lesquels figure précisément l'article qui constitue l'armature législative de la théorie de la responsabilité de l'Etat, l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire (2).

Le lecteur trouvera dans le livre si justement estimé de M. Pélissié du Rausas sur les Capitulations (3) une

(1) PÉLISSIE DU RAUSAS, II, p. 293.

(2) Sont, en effet, annexés à cette loi : 1^o Le règlement d'organisation judiciaire ; 2^o Le procès-verbal du 25 décembre 1874 ; 3^o Une déclaration du Ministre des affaires étrangères de France en date du 25 octobre 1875, formulant des réserves complémentaires de celles que renferme déjà le second de ces documents.

(3) II, p. 274-300.

analyse plus étendue et plus détaillée des négociations qui ont préparé et influencé la rédaction de l'œuvre législative dans laquelle s'encadre l'article que nous allons commenter. Il ne rentre pas dans le plan de notre étude de reprendre cette analyse. Il suffisait à notre but de dégager de cet historique, fort complexe en lui-même et quelque peu embrouillé, les éléments indispensables pour permettre la compréhension du mécanisme général de notre article, et de signaler ceux des travaux préparatoires de la réforme auxquels nous aurons le plus souvent à recourir pour éclairer et résoudre les difficultés que soulève l'interprétation de notre texte.

11. Ce qu'il importe avant tout de retenir de cette rapide esquisse historique c'est la constatation de ce fait indéniable que, pendant toute la durée de la préparation de la réforme judiciaire, la France a joué constamment le rôle de frein ralentisseur. C'est son opposition qui a contraint Nubar Pacha à restreindre de plus en plus l'ampleur de son programme, et à augmenter d'année en année les garanties offertes aux puissances pour assurer la défense des intérêts de leurs nationaux. Au cours des pourparlers diplomatiques, elle n'a pas cessé un instant de se considérer comme la tutrice naturelle et de s'affirmer la protectrice la plus intransigeante des situations acquises en Egypte par les membres des colonies européennes. C'est son activité diplomatique qui a arraché au Gouvernement de Nubar Pacha toutes les limitations successivement apportées à la liberté d'action des nouveaux tribunaux. Elle est restée la dernière sur la brèche et a fait entendre les dernières protestations et les dernières réserves par le procès-verbal du 25 décembre 1874 et la déclaration du

25 octobre 1875. On peut donc dire que, pendant toute la période de préparation et de discussion de la réforme judiciaire, le Gouvernement français a, pour parler un langage familier à l'ancienne doctrine du droit coutumier français (1), joué en face du Gouvernement égyptien, le rôle d'une sorte de *contradicteur légitime*, ayant « le premier et principal intérêt » à résister à tout changement dans le régime international antérieur de l'Egypte ou à limiter la portée des modifications qu'il était indispensable de consentir.

De là l'importance exceptionnelle qu'ont, dans l'ensemble des travaux préparatoires de la réforme, les notes, déclarations et autres documents émanant d'une provenance française, qui représentent, d'ordinaire, le point de vue le plus nettement opposé à celui de Nubar Pacha. Aussi s'il nous arrive, en recherchant dans les précédents l'origine de telle ou telle expression employée par l'article 11, de constater que, pendant la durée des pourparlers diplomatiques, les vues du Gouvernement français sont, sur ce point exceptionnel, restées en harmonie avec celles du Gouvernement égyptien, pourrions-nous affirmer en toute sécurité d'esprit quelle est la signification que le législateur de 1875 a entendu donner à cette expression. C'est là une règle d'utilisation et d'interprétation des données des travaux préparatoires que nous aurons plus d'une fois à appliquer. Elle nous fournira, pour la suite de notre étude, un jalon non moins utile que celui que nous avons déjà fait sortir de la filiation historique qui rattache l'immunité législative à l'immunité juridictionnelle.

(1) Cf. PLANIOL, *Traité élémentaire du droit civil*, I, n° 441 et suiv.

La Réforme judiciaire est entrée en vigueur le 1^{er} février 1876 pour une période quinquennale d'essai. Depuis lors, elle a été sans interruption maintenue en application, tantôt par de simples prorogations d'un an en 1881, 1882, 1883 et 1899, -- mais ce procédé, à la suite des difficultés qu'il souleva près de certaines puissances en 1899 (1), n'a plus jamais été suivi depuis, — tantôt, et plus souvent, par des renouvellements consentis pour cinq ans, en 1884, 1889, 1894, 1900, 1905 et 1910. Au cours de cette période déjà longue d'expérimentation, elle a subi d'ailleurs, sur les avis de Commissions internationales approuvés par les puissances signataires de l'œuvre internationale de 1875, ou y ayant adhéré, quelques réfections partielles, dont l'une des plus importantes, celle de 1900, intéresse tout particulièrement l'article que nous commentons, l'article 11 du R. O. J.

(1) Cf. BABLED, *Les tribunaux égyptiens de la Réforme et le renouvellement de leurs pouvoirs* dans *Revue générale de droit international public*, VI, 1899, p. 342.

SECTION III

L'Immunité juridictionnelle et l'Immunité législative depuis la Réforme

12. La réforme judiciaire, dans la mesure où elle touche à l'immunité juridictionnelle des étrangers, ne la supprime pas, mais la suspend seulement. Il résulte de l'ensemble des tractations qui l'ont précédée que, dans le cas où les pouvoirs des tribunaux mixtes viendraient à expirer, par suite d'un refus des puissances étrangères (1) de se prêter à la prorogation d'un régime qui reste toujours juridiquement provisoire, quoique prenant de plus en plus, par l'effet du temps, les allures d'une organisation stable et régulière, par là même, et en quelque sorte automatiquement, l'immunité juridictionnelle recommencerait à fonctionner dans les mêmes termes et avec la même étendue qu'avant 1876. D'ailleurs, même sous le régime de la Réforme, l'immunité juridictionnelle ne subit qu'une éclipse partielle.

Tout d'abord elle n'est que faiblement entamée en matière pénale, car, en vertu de l'article 6, titre II, du R. O. J. et des textes complémentaires du Code pénal mixte (art. 331-340) et du décret du 31 janvier 1889, la

(1) Je ne recherche pas pour l'instant, si la même éventualité peut être produite par l'initiative du Gouvernement égyptien. Nous retrouverons cette question en examinant soit la valeur du R. O. J., soit les origines de la rédaction actuelle de l'article 11, celle de 1900.

juridiction mixte n'est investie d'une compétence générale que pour la poursuite des contraventions de simple police (1) commises par les étrangers — non par les indigènes — et les articles suivants du R. O. J. ne lui déferent la connaissance que d'un bien petit nombre de crimes ou de délits — infractions fort peu fréquentes, mais qui lui sont attribuées sans qu'il y ait à tenir compte de la nationalité du délinquant, aussi bien s'il s'agit d'un indigène que s'il s'agit d'un étranger (2). Ces crimes et délits se réduisaient primitivement aux trois catégories suivantes : 1^o crimes et délits commis directement contre les magistrats, les jurés et les officiers de justice dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions (art. 7); 2^o crimes et délits commis directement contre l'exécution des sentences et mandats de justice (art. 8); 3^o crimes et délits imputés aux juges, jurés et officiers de police quand ils sont accusés de les avoir commis dans l'exercice de leurs fonctions, ou par suite d'abus de ces fonctions (art. 9). C'est seulement en 1900, en vertu du troisième décret du 26 mars 1900, rendu sur l'avis de la Commission internationale de 1898, que l'article 6, titre II, du R. O. J., a subi enfin un élargissement — dont la Commission internationale de Constantinople avait déjà senti en 1873, l'opportunité (3), mais que la résistance des puissances

(1) Il ne s'agit, bien entendu, que des contraventions aux règlements de police égyptiens, et les juridictions consulaires sont seules compétentes pour statuer sur les contraventions aux règlements de police des consuls.

(2) Cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 403-414.

(3) *Rapport de la Commission internationale de Constantinople de 1873*, dans BORELLI-BEY, *l. c.*, p. XCI et *Documents diplomatiques*, Livre Jaune de janvier 1875, p. 115.

n'avait pas alors permis de réaliser (1) — et que les tribunaux mixtes ont vu passer dans leur ressort les délits de banqueroute et certains délits connexes se rattachant aux faillites mixtes, c'est-à-dire aux faillites qui mettent en présence des intéressés qui n'appartiennent pas tous à la même nationalité. En dehors de là, la compétence pour connaître des crimes ou délits, commis en Egypte par des étrangers, reste le monopole des juridictions consulaires, ou, d'une manière plus large, des tribunaux étrangers (2).

13. Même en matière civile et commerciale, l'immunité juridictionnelle des étrangers a été partiellement maintenue par la Réforme. Elle subsiste intacte en général pour ce qui concerne les contestations entre étrangers appartenant à la même nationalité; ces litiges restent de la compétence des tribunaux consulaires au même titre et pour les mêmes raisons que les litiges entre plaideurs indigènes demeurent de la compétence des tribunaux indigènes; elle n'est paralysée, par le développement des tribunaux de la Réforme, que quand il s'agit de procès s'élevant, soit entre indigènes et étrangers, soit entre étrangers de nationalités différentes. L'article 9 du titre I du R. O. J. et

(1) Convention du 19 septembre 1874 entre le Gouvernement égyptien et la France. Première annexe du 25 septembre 1874, n° 1, dans BORELLI-BEY, *l. c.*, p. CX. — Convention du 5 mai 1875 entre le Gouvernement égyptien et l'Allemagne, n° 1, dans BORELLI-BEY, p. CXVII. — Convention avec l'Autriche-Hongrie du 28 mai 1875, n° 1, BORELLI, p. CXX. — Convention avec la Russie du 27 septembre 1875, n° 1, BORELLI, p. CXXVIII. C'est cette question qui forma l'objet principal des discussions entre les Gouvernements français et égyptien dans la période du 2 mars 1873 au 2 décembre 1874 (*Documents diplomatiques*). Livre jaune de janvier 1875, p. 147 à 234.

(2) PÉLISSÉ DU RAUSAS, *l. c.*, p. 421.

l'article 5 du Code civil mixte indiquent aussi clairement que possible que les tribunaux mixtes cessent d'ordinaire d'être compétents dès qu'une contestation ne met plus en présence que des plaideurs qui appartiennent à la même nationalité. A ce principe il n'est fait d'exception que pour les questions intéressant le régime de la propriété foncière, exception contenue dans la partie finale des deux articles précités qui dispose dans sa rédaction première : « ils connaîtront aussi de toutes les actions réelles immobilières, *entre toutes personnes même appartenant à la même nationalité* ». Cette formule a, il est vrai, donné naissance à une controverse doctrinale assez ardente et qui trouva même un instant écho dans la jurisprudence — sur la question de savoir s'il en découle ou non attribution de compétence aux tribunaux mixtes pour les actions réelles immobilières même au cas où elles s'élèvent exclusivement entre indigènes, et une modification a dû être apportée à sa teneur primitive par l'un des décrets khédivialux du 26 mars 1900, pour mettre à l'abri de toutes discussions la théorie, déjà antérieurement triomphante dans la jurisprudence (1), qui réservait la connaissance des dites questions aux tribunaux indigènes dans le cas où elles ne mettent en présence que des plaideurs indigènes (2).

(1) Arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie du 11 mars 1896, *Bulletin de législation et de jurisprudence égyptiennes*, VIII, 154, et la note dans ce recueil, sur l'arrêt du 4 février 1891, *B. L. J.*, III, 158. — Cour d'Appel d'Alexandrie, 22 novembre 1899, *B. L. J.*, XII, 23. — Cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, II, p. 415-421.

(2) Dans la rédaction de 1900 l'alinéa final de l'article 9, titre I, R. O. J., porte : « Ils connaîtront seulement des actions réelles immobilières entre indigènes et étrangers ou entre étrangers de même nationalité ou de *nationalités différentes* ». Formule étrange qui présente comme une restriction à la compétence normale des tribunaux mixtes ce qui est, au contraire, une extension de cette

Mais cette controverse n'a jamais intéressé la détermination de la portée de l'immunité juridictionnelle civile des étrangers et, sous l'empire de l'ancien article 9 aussi bien que sous celui du nouvel article, il a toujours été indiscuté que, par dérogation à la règle posée dans l'alinéa I de cet article 9, les tribunaux de la Réforme sont compétents, à l'exclusion des tribunaux consulaires, en matières réelles immobilières, même pour les contestations qui s'élèvent entre étrangers ressortissant à une même nationalité (1).

14. Mais, si la disposition relative aux actions réelles immobilières soustrait à l'action de l'immunité juridictionnelle une partie fort importante du cercle normal d'application que lui attribuait la règle générale de délimitation, entre la compétence des tribunaux mixtes et celle des juridictions consulaires, placée à la base de la Réforme judiciaire — c'est-à-dire des rapports entre étrangers de même nationalité — elle regagne par ailleurs, et très largement, le terrain perdu de ce chef. Elle n'est, en effet, que fort incomplètement écartée pour les litiges entre gens de nationalités différentes. Car l'alinéa I de l'article 9 porte : « Ces tribunaux (tribunaux mixtes) connaîtront

compétence et qui n'est compréhensible que quand on se rappelle la controverse qu'elle est destinée à résoudre. Cf. BABLED, *Les tribunaux égyptiens de la Réforme et le renouvellement de leurs pouvoirs* dans *Revue générale du droit international public*, VI, 1899, p. 367-377. — PÉLISSIE DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 359-363. — LAMBA, *Condition juridique des Européens*, p. 243-264. — BONNEVAY, *Organisation judiciaire de l'Égypte*, thèse, p. 121-125.

(1) Il est à peine utile de remarquer que la limitation apportée, en matière de *wakfs*, par l'article 12, titre I, du R. O. J. et l'article 8 c. c. m. à la compétence réelle immobilière des tribunaux mixtes, est également démunie de toute action sur le mécanisme pratique de l'immunité juridictionnelle des étrangers.

seuls de toutes les contestations en matière civile et commerciale, entre indigènes et étrangers, et entre étrangers de nationalités différentes, *en dehors du statut personnel* ». Même dans les deux séries d'hypothèses prévues comme ouvrant, en principe, compétence à la juridiction des tribunaux mixtes, l'immunité juridictionnelle continue donc à s'appliquer sous sa forme initiale, au sens de la règle *actor sequitur forum rei*, pour les contestations, portant sur des questions de statut personnel, c'est-à-dire, d'après la définition de l'article 4 du Code civil mixte sur « l'état et la capacité des personnes, le statut matrimonial, les droits de succession naturelle ou testamentaire, les tutelles et les curatelles », par conséquent pour une bonne moitié des affaires qui forment l'objet de la réglementation des Codes civils européens (1).

15. Il ressort des explications, nécessairement sommaires, que nous venons de donner que la Réforme n'a pas détruit, mais seulement cantonné dans un domaine plus étroit l'immunité juridictionnelle des étrangers. Et, si l'on va chercher derrière les formules légales les réalités sociales qu'elles dissimulent, on pourra être tenté de dire que cette formule est encore excessive; que le législateur de 1875 n'a pas vraiment restreint et amputé ladite immunité; qu'il s'est plutôt borné à en graduer les effets, à en diversifier et hiérarchiser les formes. Aujourd'hui encore

(1) Il suffira de signaler incidemment, en note, que la Réforme a laissé subsister l'immunité juridictionnelle avec une portée beaucoup plus large que celle que nous venons de décrire : 1^o pour les fonctionnaires diplomatiques et consulaires des puissances étrangères en Egypte; 2^o pour les établissements religieux ou d'instruction placés sous le protectorat d'Etats étrangers. Cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 378-390. Ce sont là des situations d'exception qui n'intéressent pas l'économie générale de la Réforme.

les étrangers sont aussi complètement, et peut-être plus complètement qu'avant la Réforme, soustraits à l'autorité juridictionnelle des véritables tribunaux indigènes, de ceux qui ont été institués et fonctionnent pour l'usage des ressortissants de l'Etat égyptien.

Mais, depuis la Réforme, il n'est plus vrai que cette soustraction aux juges locaux ordinaires ait toujours pour conséquence la soumission des intéressés au jugement des tribunaux de leur pays. Désormais elle entraîne, selon les distinctions ci-dessus exposées, attribution de compétence, tantôt, comme par le passé, aux juridictions consulaires, mais tantôt aussi — et c'est là ce qui distingue le nouveau régime — à des juridictions créées sans doute par l'Etat égyptien, mais avant tout dans l'intérêt des Européens, qui, par la composition de leur personnel, se présentent comme des juridictions mixtes, en partie égyptiennes, en partie étrangères, mais avec une prédominance marquée de l'élément étranger, où la majorité des juges, quoique nommée par le Khédive, n'est pas librement choisie par lui, et qui, par conséquent, en dépit des précautions prises pour ménager les apparences de la souveraineté territoriale et malgré la qualification juridique que leur vaut leur titre d'institution khédiviale, sont bien plutôt, si l'on va au fond des choses, des juridictions internationales que de véritables tribunaux indigènes égyptiens(1).

16. Ce dédoublement dans les formes de l'immunité juridictionnelle a entraîné, tout naturellement, un dédou-

(1) C'est d'ailleurs, ce que suffirait à attester notre terminologie juridique qui réserve le nom de tribunaux indigènes aux juridictions chargées de statuer sur les litiges entre ressortissants égyptiens et est habituée à opposer les tribunaux indigènes aux tribunaux mixtes.

blement parallèle dans les formes de l'immunité législative. Il va de soi que, si les étrangers devaient continuer après la Réforme à ne dépendre que de leurs lois nationales dans les cas où ils restaient justiciables de leurs tribunaux consulaires, il ne pouvait plus en être de même dans la mesure où leurs affaires litigieuses ressortissaient de la compétence des tribunaux mixtes. En effet, comme le remarquait déjà le rapport de la Commission française de 1867 (1), la raison d'être décisive des innovations débattues au cours des conversations diplomatiques de 1867 à 1874 était de remédier, non plus à la diversité des juridictions susceptibles d'être appelées, par le jeu de la règle *actor sequitur forum rei*, à statuer sur un rapport de droit, mais aussi, et surtout, à l'incertitude des législations destinées à régir le sort de ce rapport et des principes sous l'emprise desquels il pouvait être jugé. Il est évident que la substitution — pour le règlement des litiges s'élevant dans les matières du statut réel, entre gens de nationalités différentes — d'une unique juridiction mixte à une poussière de juridictions consulaires, n'eût pas servi à grand chose, ou eût été en tous cas impuissante à combattre les abus qu'on voulait supprimer, si cette juridiction avait dû continuer les errements de ses devancières et faire varier les règles appliquées avec la nationalité des défendeurs. L'unité de juridiction devait nécessairement être complétée par l'unité de législation.

17. Aussi Nubar Pacha avait-il compris dès le début que la réorganisation judiciaire comportait comme corollaire indispensable une réorganisation législative et l'accord

(1) BORELLI-BEY, l. c., p. XXXIV, LIII et LIV.

s'était-il établi, au sein de la Commission internationale de 1869 (1), sur la nécessité de faire précéder l'entrée en fonctionnement des juridictions projetées par la rédaction d'une législation d'ensemble destinée à leur usage. La réalisation de cette tâche préliminaire fut confiée à un avocat français d'Alexandrie, M. Maunoury, qui, prenant comme modèles les codifications de son propre pays, et se contentant le plus souvent de les résumer, élaborà les documents qui sont devenus nos six Codes mixtes, et cela avec une hâte quelque peu fébrile qui explique les lacunes et les erreurs techniques, ainsi que l'allure parfois étrange d'un certain nombre de leurs dispositions (2). Le 24 février 1873, Nubar Pacha put en remettre le texte aux puissances, en même temps que la rédaction définitive du Règlement d'organisation judiciaire, dont l'article 34, titre I, porte : « Les nouveaux tribunaux dans l'exercice de leur juridiction en matière civile et commerciale et dans la limite de celle qui leur est consentie en matière pénale, appliqueront les Codes présentés par l'Egypte aux puissances et, en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge se conformera aux principes du droit naturel et aux règles de l'équité ».

18. C'est assez dire que la seconde forme de l'immunité juridictionnelle des étrangers, celle qui constitue la contrepartie de la soumission à la juridiction des tribunaux mixtes, se traduit par une exclusion simultanée, et des lois étrangères et des lois indigènes proprement dites ;

(1) Procès-verbal de la séance du 28 décembre 1869, article supplémentaire XVII.

(2) Sur l'histoire de la rédaction des Codes, cf. ARMINJON. *Le Code civil et l'Egypte*, dans *le Livre du centenaire du Code civil*, II, p. 735.

qu'elle entraîne l'application exclusive d'un corps de législation, d'origine internationale, qui, grâce au travail fécondant de l'interprétation jurisprudentielle, doit pouvoir se suffire à lui-même. Le législateur de 1875 n'avait pas cependant voulu fermer la porte à toute possibilité de développement par la voie législative de ce système de droit mixte. Car, dans l'article 12 du Code civil, il avait formulé la disposition suivante : « Les additions et modifications aux présentes lois seront édictées sur l'avis conforme du corps de la magistrature et au besoin sur sa proposition, mais pendant la période quinquennale aucun changement ne devra avoir lieu dans le système adopté. »

Cette disposition est pourtant restée, jusqu'à 1911, lettre morte, et le Gouvernement égyptien n'a pu, antérieurement à cette date, parvenir à réaliser quelques réfections de détail dans la législation des codes des tribunaux mixtes qu'en recourant à la procédure, si difficile à mettre en mouvement et surtout à conduire à son terme, qui avait déjà servi à l'élaboration de la Réforme judiciaire et qui consiste à solliciter successivement l'adhésion de toutes les puissances signataires de ladite Réforme aux textes arrêtés par le législateur égyptien. Comment se fait-il que l'organisme d'action législative créé par l'ancien article 12. c. c. m. — organisme dont l'Etat égyptien a toujours senti très vivement le besoin, comme le montrent les propositions développées par le Gouvernement devant les conférences internationales de 1880 et de 1884 (1) — n'ait jamais été utilisé dans la pratique ? Cette

(1) Sur les propositions de modifications à l'article 12 soumises à ces Commissions, cf. VERCAMER, *La juridiction mixte égyptienne et ses attributions législatives*, p. 19-22 et PÉLISSIE DU RAUSAS, l. c., II, p. 442 et suiv.

inaction doit-elle être attribuée, au moins en partie, comme le pense M. Pélissié du Rausas (1), à la volonté réfléchie du Gouvernement, qui aurait redouté les empiètements des tribunaux mixtes et ne se serait pas soucié de leur laisser prendre un pouvoir trop considérable en les associant à son action législative ; ou ne doit-on pas plutôt l'expliquer uniquement, avec M. Vercamer (2), dont les arguments sont peut-être plus précis et plus frappants, par la méfiance éprouvée par la magistrature mixte à l'égard de la validité de cette partie de son mandat et par la crainte — que les événements postérieurs ont démontré n'être pas démunie de fondements (3) — de s'exposer au désaveu de puissances étrangères ? Peu importe. Ce sont là questions qui n'ont plus qu'un intérêt historique.

19. En effet, la loi du 11 novembre 1911 (loi n° 17 de 1911), consacrant, avec quelques retouches et quelques additions, le travail élaboré par une Commission internationale qui, convoquée au Caire par la circulaire égyptienne du 20 mai 1903, y a tenu ses assises de 1904 à 1909, est venue substituer à l'ancien texte une rédaction entièrement nouvelle de l'article 12 du Code civil, rédaction plus précise, plus détaillée et qui, ayant été longuement délibérée par les puissances signataires de la Réforme et stipulant toutes

(1) L. c., II, p. 442.

(2) *La juridiction mixte égyptienne et ses attributions législatives*, p. 13 18 et surtout p. 34-39.

(3) Il suffit, pour s'en convaincre, d'avoir présentes à l'esprit les péripéties diplomatiques auxquelles ont donné lieu les règlements de police des 17 décembre 1890, 9 juin et 13 juin 1891, émis après examen et approbation préalable de l'Assemblée générale de la Cour, en vertu de la disposition, fort semblable à celle de l'article 12 ancien, du décret du 31 janvier 1889. Cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, II, p. 455 et suiv. — VERCAMER, l. c., p. 26 et suiv.

les réserves nécessaires pour les rassurer, n'est pas exposée à soulever les mêmes difficultés d'application ou les mêmes risques de conflits diplomatiques. Cette loi de 1911, qui marquera peut-être une étape décisive dans l'évolution des institutions juridiques de l'Égypte contemporaine, a enfin clôturé la période de développement législatif du droit mixte par la voie de marchandages diplomatiques et doté l'Égypte d'un organisme local apte à édifier des lois applicables aux Européens. Nous retrouverons plus loin le dispositif de ce texte fondamental (1). Il nous suffit pour l'instant de constater, comme conclusion de l'analyse sommaire que nous avons présentée du régime nouveau instauré en 1876, que, si la Réforme judiciaire a compliqué par un travail de différenciation interne le mécanisme pratique de l'immunité législative en même temps que celui de l'immunité juridictionnelle, elle n'a, en revanche, fait disparaître, ni la solidarité absolue reliant, l'une à l'autre des deux immunités, ni l'exacte identité de leurs cercles d'application. Nous chercherions en vain, soit dans la législation, soit dans les travaux préparatoires de la Réforme, un indice quelconque qui puisse faire penser que l'immunité législative ait conquis en 1876 une existence propre, indépendante de celle de l'immunité juridictionnelle.

(1) Voir l'analyse détaillée donnée dans VERCAMER, *La juridiction mixte égyptienne et ses attributions législatives*, p. 48 et suiv. On trouvera, notamment, le texte de la loi n° 17 de 1911 dans *B. L. J.*, XXIV, p. 19 et 20.

CHAPITRE II

Le Règlement d'Organisation judiciaire pour les Procès mixtes

20. Le lecteur connaît maintenant, sinon dans les détails, du moins dans son esprit général, le mouvement de réorganisation judiciaire qui a fourni occasion à la pénétration dans notre droit des principes de responsabilité de la puissance publique que nous allons étudier. Il nous reste à lui présenter celui des monuments juridiques de la Réforme qui contient le texte d'où est découlé toute notre jurisprudence, le fameux article 11, que nous trouverons invoqué à chaque pas dans les considérants de nos arrêts.

La réglementation d'ensemble du régime nouveau d'institutions légales inauguré en 1876 se trouve contenue dans deux catégories de documents : d'une part le règlement d'organisation judiciaire — c'est là que figure notre art. 11 — et, d'autre part, les six codes mixtes : Code civil, Code de commerce, Code de commerce maritime, Code de procédure civile et commerciale, Code pénal et Code d'instruction criminelle.

Ces deux catégories de documents n'ont pas été élaborés avec le même soin et dans des conditions qui puissent en garantir au même degré les mérites intrinsèques et la maturité. L'honneur de prendre rang dans le règlement d'organisation judiciaire n'est accordé qu'aux

dispositions considérées comme renfermant les bases directrices de la réforme et qui, à ce titre, ont été l'objet de longues et attentives discussions entre le Gouvernement égyptien et les représentants des puissances, alors que les dispositions qui paraissent n'intéresser que la technique légale ou la simple réglementation juridique des transactions commerciales ont été reléguées, en quelque sorte à une place inférieure, dans l'un des six codes. Les articles du *R. O. J.*, préparés par les soins de commissions internationales, n'ont été arrêtés qu'après de nouvelles discussions contradictoires et une revision souvent très critique de la part des diplomaties égyptienne et européennes (1), tandis que les codes mixtes, composés

(1) Le premier germe du *R. O. J.* doit être cherché dans le projet d'organisation judiciaire déposé par Nubar Pacha sur le bureau de la Commission internationale du Caire dans la séance du 15 décembre 1869 (Reproduit dans les procès-verbaux de la dite Commission publiés à Alexandrie, Imprimerie française, Mourès et C^{ie}, Square Ibrahim), que nous désignerons sous le titre de *premier projet préliminaire*. Ce document fut l'objet de critiques de forme, et certains délégués lui opposèrent un projet préparé par un commissaire autrichien, le baron de Vesque de Putlingen. A la suite de cette première prise de contact, un comité pris dans le sein de la Commission fut chargé de coordonner les propositions du Gouvernement égyptien et les demandes de garanties supplémentaires indiquées par quelques-uns des délégués. Dans la séance du 27 décembre 1869, Nubar Pacha présenta un nouveau projet amendé par les soins de ce comité, projet auquel nous réserverons le nom de *second projet préliminaire* (également reproduit dans les procès-verbaux de la Commission). C'est celui-là qui forma la base des délibérations de la Commission de 1869. Sur les plans tracés par la Commission du Caire, Nubar Pacha arrêta, en avril 1870, après entente préalable avec le Gouvernement ottoman, un premier projet ferme de *R. O. J.* que les documents diplomatiques postérieurs appellent *projet égyptien*. (Il se trouve dans les *Documents diplomatiques, Livre jaune de janvier 1875*, p. 3 et suiv.). Puis, à la suite des difficultés soulevées par le Gouvernement français et de la visite de Nubar Pacha au premier ministre français, M. Emile

dans le silence du cabinet, avec une rapidité vraiment stupéfiante — en moins de temps que n'en demande d'ordinaire la rédaction d'un manuel très élémentaire — par un avocat rompu, il est vrai, à la pratique des affaires, mais dont la culture scientifique et professionnelle ne dépassait pas sensiblement la moyenne, ont été simplement *présentés* aux puissances et acceptés par elles sans discussion et sans examen préalable de leur contenu (1).

24. Il était inévitable, dès lors, que le *R. O. J.* conquît une autorité de fait fort supérieure à celle des codes mixtes. Le sentiment de cette nécessité s'affirme déjà dans la loi française du 25 décembre 1875 qui, ratifiant la convention franco-égyptienne du 10 novembre 1874 (2), juge utile, pour préciser la portée de la modification consentie dans la constitution internationale de l'Égypte, d'incorporer au nombre de ses annexes, le *R. O. J.*, mais se garde bien d'y joindre le complément, d'ailleurs trop volumineux, qu'eussent constitué les codes mixtes. Dès le début, la

Ollivier, fut rédigé, en mai 1870, un second projet ferme, s'écartant du premier sur des points fort importants, et que l'on a pris l'habitude de désigner sous le nom de *projet français* (également dans les *Documents diplomatiques*, I. c., p. 6 et suiv.). Enfin, après la clôture des travaux de la Commission internationale de Constantinople, le premier ministre égyptien présenta aux puissances, en 1873, un troisième et dernier projet de *R. O. J.*, que nous nommerons *projet définitif* (*Documents diplomatiques*, I. c., p. 134 et suiv.), qui forma l'objet de longues et laborieuses négociations diplomatiques entre la France et l'Égypte et qui, après quelques modifications, est devenu le texte actuel du *R. O. J.* On voit donc que la discussion des articles de ce document a été des plus minutieuses et des plus sérieuses.

(1) Sur les appréciations dont ces codes ont formé l'objet : PÉLISSIE DU RAUSAS, II, p. 292, note I, et ARMINJON dans le *Libre du Centenaire du Code civil*, II, p. 735 et suiv.

(2) BORELLI-BEY, I. c., p. CIX et suiv.

jurisprudence des nouveaux tribunaux a affiché beaucoup plus de liberté d'allures dans l'interprétation à l'égard des codifications rédigées par M. Maunoury qu'en ce qui concerne le *R. O. J.*, et l'on pourrait dresser une liste relativement longue de dispositions des codes dont elle n'a jamais hésité à écarter l'application — leur substituant en pratique des solutions empruntées au droit français — et qu'elle a toujours traitées comme le résultat de méprises juridiques ou d'erreurs de rédaction. En présence de dispositions qui se retrouvent simultanément dans le *R. O. J.* et dans l'un des codes — tel est le cas de la disposition de notre article 11 qui est reproduite littéralement dans l'article 7 du Code civil — les rédacteurs des décisions judiciaires ont, d'instinct et dès les premières années de fonctionnement de la Réforme, pris l'habitude de citer la disposition en question d'après l'article du *R. O. J.* et non pas d'après celui du code. Il est même fort probable, comme le conjecture M. Vercamer (1), que l'idée d'une infériorité naturelle de valeur des dispositions des codes par rapport à celles du *R. O. J.*, n'a pas été étrangère à la stérilité des attributions législatives conférées aux tribunaux mixtes par l'ancien article 12 du Code civil. Il semble bien que la nouvelle magistrature ait douté qu'un mandat de pareille importance pût lui être conféré utilement par un texte qui n'avait pas trouvé place dans *R. O. J.* et qui, pour cette raison, avait pu ne pas frapper suffisamment l'attention des négociateurs étrangers.

22. Cette classification hiérarchique des deux sortes de

(1) *La juridiction mixte égyptienne et ses attributions législatives*, p. 13-18.

documents introductifs de la Réforme qui, jusqu'en 1911, n'existait que par la force de l'usage et à l'état de perception mal raisonnée de la conscience collective du monde des juristes, a pris le caractère d'une rigoureuse légalité et est entrée au nombre des éléments constitutifs de la condition juridique internationale de l'Égypte par suite de la mise en vigueur du nouvel article 12 du Code civil.

Déjà en 1880, aux approches de l'expiration de la première période quinquennale d'essai de la Réforme, la conférence internationale convoquée pour examiner les modifications que le Gouvernement égyptien aurait désiré voir apporter au nouveau régime à l'occasion de sa prochaine prorogation, avait été saisie par Riaz Pacha d'un projet introduisant dans le Règlement d'organisation judiciaire une disposition correspondante à celle de l'article 12 du Code civil, mais mettant en œuvre un mécanisme plus simple (1) et qui, tant par les conditions même de sa rédaction que par la place nouvelle qu'elle occuperait, ne serait plus exposée à soulever, au point de vue de la légalité internationale, les mêmes objections que sa devancière. Mais la Commission de 1880 dut se séparer sans avoir eu le temps d'aborder l'examen de cette partie des propositions de Riaz Pacha (2). C'est seulement, devant la conférence internationale de 1884, que la question, portée de nouveau à l'ordre du jour, put former

(1) Examen et approbation par une Commission mixte de cinq membres — dont trois seraient pris parmi les magistrats étrangers et désignés par les tribunaux — des lois nouvelles dont l'initiative et la préparation étaient réservées au Gouvernement. Cf., dans PÉLISSIÉ DU RAUSAS, II, p. 442, le texte des articles 121 et 122 du projet de Réforme du règlement d'organisation judiciaire soumis à la Commission par Riaz Pacha.

(2) VERCAMER, *l. c.*, p. 19.

l'objet d'une étude sérieuse. Les membres de la sous-commission technique tombèrent d'accord pour proposer l'insertion dans le projet de règlement d'organisation judiciaire de deux articles, dont l'un, l'article 66 définissait la composition exacte de l'organe de contrôle législatif que l'article 12 du Code civil avait désigné, sous le nom insuffisamment expressif, de corps de la magistrature, et dont l'autre, l'article 67, disait : « les additions et modifications *aux codes en vigueur* seront édictées par S. A. le Khédive sur la proposition ou sur l'avis conforme du corps de la magistrature, conformément à l'article précédent. » (1).

On voit déjà poindre, au travers des mots soulignés dans le texte, les premiers germes du système qui devait finalement prévaloir, mais dans un avenir alors encore assez lointain : celui qui distingue entre le contenu des codes laissé, sous le contrôle du corps de la magistrature, à l'action de la législation locale, et le contenu du *R. O. J.* maintenu sous le régime primitif de la législation par voie diplomatique. Mais le programme était encore prématuré, étant donné l'état de l'opinion publique européenne en 1884. Il négligeait de formuler les réserves nécessaires pour ménager les défiances des diplomates, beaucoup plus prompts à s'éveiller que celles des techniciens du droit. Il était surtout de nature à inquiéter par sa hardiesse les représentants de la France qui pouvaient légitimement redouter qu'une réforme de pareille envergure devint le point de départ d'un patient travail de substitution aux principes du droit français — appliqué devant les nouveaux tribunaux grâce à l'intermédiaire des codes mixtes — de

(1) Cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, II, p. 443-446. — VERCAMER, *l. c.*, p. 20-22.

règles juridiques empruntées à la législation de celle des nations européennes dont les événements de 1882 tendaient à établir l'hégémonie en Egypte. La Commission plénière ne s'appropriâ les propositions de la sous-commission technique qu'en spécifiant, dans l'article 67, que les seules modifications ou additions aux codes qui pourraient être réalisées par une simple entente avec le corps de la magistrature seraient celles « *qui ne porteraient pas atteinte aux principes essentiels de la législation* ». Pour déterminer les limites de l'autonomie octroyée à la législation mixte, elle substituait donc au critère formel et invariable, proposé par la sous-commission, une distinction entre les modifications qui intéressent les principes essentiels de la législation en vigueur et celles qui ne touchent qu'à ses détails, distinction dont il est impossible de fournir une définition précise et qui se prêtait, par conséquent, au renouvellement des discussions et des marchandages diplomatiques du passé. La correction réclamée par la Commission plénière n'aurait pas abouti seulement à limiter les effets de la disposition corrigée (1); elle était de nature à lui enlever toute portée pratique (2). Aussi le Gouvernement égyptien se garda-t-il bien, en 1884, de solliciter la sanction des puissances pour un projet de réforme qui ne répondait plus aucunement à ses vues et préféra-t-il attendre des moments plus favorables pour reprendre la poursuite de son programme d'autonomie législative (3).

(1) PÉLISSÉ DU RAUSAS, II, p. 445.

(2) VERCAMER. *l. c.*, p. 21. — Cf. MARTIN SARZEAUD, *La Réforme judiciaire en Egypte et la Commission internationale de 1884*, dans CLUNET, XI, 1884, p. 590 et suiv.

(3) Le Gouvernement égyptien s'est inspiré toutefois du programme tracé par la sous-commission de 1884, mais en substituant la collaboration de l'assemblée générale de la Cour d'appel

23. Sa patience a été récompensée. Car l'heure propice est venue à la suite de la conclusion de l'accord franco-anglais du 8 avril 1904 (1) et grâce à la substitution entre les signataires de cet accord de la politique de l'entente cordiale à la politique des coups d'épingles (2). Ce brusque revirement dans les relations extérieures de l'Angleterre et de la France, en faisant taire, en échange de compensations accordées au Maroc, la résistance de la seule d'entre les puissances européennes qui eût un intérêt réellement majeur à s'opposer à la réalisation d'un vœu depuis longtemps formulé par les représentants de l'Angleterre auprès du Gouvernement égyptien, a eu pour résultat immédiat d'activer les travaux de la conférence internationale convoquée en 1903. Elle a permis la substitution à la proposition fort modeste dont la conférence avait primitivement été saisie (3), d'un programme plus

mixte à celle du corps de la magistrature, dans le décret du 31 janvier 1889 (voir le texte soit dans VERCAMER *l. c.*, p. 99-100, soit dans les éditions officielles des codes mixtes où il figure à la suite du *R. O. J.*), qui, à l'occasion de l'émission des règlements de police ou d'administration rendus sur les matières visées dans son article 1^{er}, confère à la juridiction placée à la tête de la nouvelle magistrature un pouvoir de contrôle et de vérification qui rappelle, avec plus de précision et de stabilité, le droit d'enregistrement et de remontrances des Parlements de l'ancienne France.

(1) Voir le texte dans la *Revue générale de droit international public*, 1904, XI, *Documents*, p. 27-37.

(2) VERCAMER, *l. c.*, p. 37.

(3) Cette proposition initiale, dont le texte est reproduit dans VERCAMER *l. c.*, p. 38, tendait uniquement à remédier aux divergences prolongées de jurisprudence qui s'étaient trop souvent manifestées dans la pratique des tribunaux de première instance, par l'introduction, dans un système de règles législatives emprunté au droit français, d'un mécanisme subsidiaire de fixation de la jurisprudence qui aurait tenu le milieu entre les précédents, le *judge-made-law* de la *common law* anglaise et les arrêts de règlement des Parlements de l'ancienne France, et qui aurait accordé à certaines décisions de l'Assemblée générale de la Cour d'appel d'Alexandrie une autorité destinée à s'étendre à tous les cas similaires qui pourraient dans l'avenir se reproduire devant les tribunaux.

ambitieux s'inspirant des directions tracées par la sous-commission technique de 1884 (1). Une entente a pu s'établir, d'abord dans la sous-commission, puis au sein de la Commission plénière, en vue de l'adoption d'une nouvelle rédaction de l'article 12 du Code civil qui ne fût pas destinée, comme la précédente à demeurer lettre morte (2). Cette rédaction, soumise à l'approbation des puissances européennes, a abouti, à la suite de pourparlers ralentis par l'inaction de quelques-unes des puissances

(1) Ce changement d'orientation fut provoqué par une contre-proposition soumise à la sous-commission technique par les seconds délégués de la Belgique, de la Grèce et de l'Italie, et dont l'inspirateur principal paraît avoir été M. Vercamer. On trouvera dans l'ouvrage précité de M. Vercamer le texte de cette proposition et de l'exposé des motifs, p. 123-127 (annexe C), ainsi que la reproduction, d'après les procès-verbaux, des observations auxquelles elle a donné lieu dans la sous-commission (annexe B, p. 101-122).

(2) Le régime introduit par la loi du 11 novembre 1911 a fait immédiatement ses preuves décisives d'efficacité. Le rapport de M. le Conseiller judiciaire pour l'année 1912 (Supplément au *Journal Officiel*, n° 49, du mercredi 30 avril 1913), p. 26, constate qu'une grande activité s'est manifestée, pendant l'année qui a suivi la réforme de l'article 12, dans la législation mixte, et il ajoute : « Grâce à la procédure plus simple prévue par l'article 12 du Code civil, il fut possible de mener à bonne fin des réformes depuis longtemps attendues et on peut s'attendre à ce que dans la suite d'autres importantes améliorations soient réalisées de la même manière ». Ces prévisions n'ont pas été démenties. L'année judiciaire 1913 les a largement confirmées. Car le Code de procédure civile et commerciale mixte, déjà fortement retouché par la loi du 23 novembre 1912, y a vu un assez grand nombre de ses dispositions transformées, notamment par la loi du 1^{er} décembre 1913. Une récente publication : DARIO PALAGI, *Les modifications de la législation mixte jusqu'au 1^{er} janvier 1914*, Alexandrie, Société de publications égyptiennes, 1914, permet d'ailleurs de se rendre compte d'un seul coup d'œil de la place considérable que prennent déjà les réfections apportées aux Codes mixtes au moyen de l'appareil législatif nouveau par comparaison avec le petit nombre des modifications réalisées de 1876 à 1911 sous l'empire de l'ancien article 11. Sur la signification historique de la réforme de 1911, cf. aussi : le rapport annuel de l'Agent et Consul général d'Angleterre pour 1911, p. 42-43.

dites secondaires (1) et après des retouches d'une réelle importance, à la loi du 11 novembre 1911 dont nous jugeons nécessaire de reproduire intégralement le texte (2), parce que nous aurons souvent à l'invoquer au cours de la première partie de notre étude.

« L'article 12 du Code civil est modifié comme il suit :

« Les additions et modifications à la législation mixte seront édictées sur l'initiative du Ministère de la justice, à la suite et en conformité d'une délibération de l'Assemblée générale de la Cour d'appel mixte à laquelle sera appelé le juge le plus ancien de chaque nationalité dont le Gouvernement a adhéré à la Réforme judiciaire de 1875 et qui n'est pas représentée par un conseiller à la Cour.

« L'Assemblée ne sera valablement constituée que par la présence d'au moins quinze de ses membres.

« Tout conseiller à la Cour dont l'absence ou l'empêchement est constaté en vertu d'un règlement intérieur à élaborer par l'Assemblée générale de la Cour en séance ordinaire sera remplacé par le juge le plus ancien de la même nationalité. Le juge le plus ancien absent ou empêché dans les mêmes conditions sera remplacé par le juge subséquent de la même nationalité.

« La délibération devra être prise à la majorité des deux tiers des membres présents.

(1) VERCAMER, *l. c.*, p. 130, note 1.

(2) Cf. *Bulletin de législation et jurisprudence égyptiennes*, XXIV (1911-1912), p. 19 et 20 et DARIO PALAGI, *Les modifications de la législation mixte jusqu'au 1^{er} janvier 1914*, Alexandrie, Société de publications égyptiennes, 1914, p. 17-18.

« Les projets de loi ainsi approuvés ne peuvent être promulgués que trois mois après leur approbation.

« A la demande d'une ou de plusieurs puissances formulée au cours de ce délai, ils seront, à l'expiration dudit délai, soumis à une nouvelle délibération. A la suite de cette nouvelle délibération, le projet de loi, qui aura réuni la majorité de voix requise, pourra être promulgué sans autre formalité et délai.

« L'Assemblée générale de la Cour, en séance ordinaire, pourra saisir le Ministre de la Justice de propositions de réformes en matière de législation mixte.

« Toutefois il ne pourra être apporté, en vertu de cet article, aucune modification ni addition au règlement d'organisation judiciaire.

« Les lois ainsi préparées entreront en vigueur par la simple publication au *Journal Officiel*.

« A défaut de publication dans un délai de trois mois à partir du moment où cette publication peut avoir lieu, le projet de loi sera considéré comme abandonné et ne pourra être repris qu'en se conformant de nouveau aux dispositions du présent article. »

24. Ce texte ne réalise, il est vrai, le programme prématurément esquissé dès 1884 qu'en le corrigeant par l'adjonction de mesures tendant à assurer aux puissances étrangères un contrôle limité sur la marche du nouvel organe d'action législative et à empêcher qu'il ne fonctionne avec trop de précipitation : garanties de représentation effective au sein de l'Assemblée générale offertes à toutes les puissances adhérentes à la Réforme ; exigence pour la validité du vote d'une majorité des deux tiers ;

faculté réservée à chacune des puissances de réclamer une seconde délibération (1) et établissement d'un délai d'attente, pendant lequel l'exercice de cette faculté des puissances ne pourra pas être paralysé par une promulgation hâtive de la loi. Mais, tout au moins, le législateur de 1911 est-il allé jusqu'au bout — et c'est par ce point-là que son œuvre nous intéresse pour l'instant — dans la voie de la différenciation qualitative entre le R. O. J. et les codes mixtes. Ce ne sont plus désormais des documents de même rang légal ou de même nature juridique. Ils sont séparés par une hiérarchie comparable à celle qui sépare en France les lois constitutionnelles des lois ordinaires (2).

Il est vrai encore que, par une étrange contradiction logique, le texte qui vient ainsi tracer la délimitation entre le droit constitutionnel international de l'Égypte et sa législation interne a pris place dans l'un des recueils qui sont destinés à ne contenir que les matières abandon-

(1) La faculté de réclamer une seconde délibération appartiendrait aussi au Gouvernement Égyptien d'après M. Vercamer, *l. c.*, p. 46, qui croit pouvoir induire cette conclusion de la disposition finale du nouvel article 12, qui, pourtant, est manifestement étrangère à la question. La solution opposée semble bien, au contraire, découler de l'alinéa 6, qui ne prévoit l'intervention d'une nouvelle délibération que « sur la demande d'une ou de plusieurs puissances ». Cette expression « les puissances » a toujours désigné dans le langage de la diplomatie égyptienne les gouvernements étrangers par opposition à la souveraineté locale. A quoi d'ailleurs pourrait bien lui servir cette procédure? N'a-t-il pas à sa disposition l'arme beaucoup plus pratique que lui fournit l'alinéa final de notre article et qui consiste à laisser écouler sans promulgation, pendant le délai où cette promulgation est possible, le texte devenu gênant, puis à reprendre sur de nouvelles bases la procédure d'approbation.

(2) Cf. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1, § 149-151.

nées à l'action des lois ordinaires. Si l'on s'en fiait aux apparences, on pourrait croire que c'est la législation ordinaire qui règle chez nous les droits et les attributions de la législation constitutionnelle, que c'est l'inférieur qui a qualité pour donner des ordres au supérieur et que le pouvoir constituant y prend ses instructions près des pouvoirs constitués. Mais il ne s'agit là que d'une de ces erreurs de technique juridique, d'une de ces méprises matérielles qui reparaissent trop fréquemment dans les monuments de notre droit pour que nous puissions y prêter attention. Les désirs du législateur de 1911, quoique exposés en une forme incorrecte, n'en demeurent pas moins fort clairs. Il a voulu que toutes les dispositions des codes, sauf bien entendu le nouvel article 12 et les articles qui ne sont que la reproduction du *R. O. J.*, soient désormais librement révisables par la coopération du Gouvernement égyptien et du nouvel organisme désigné sous le nom d'Assemblée générale de la Cour d'appel — nom fort ambigu, car il figure avec un sens différent dans le décret khédivial du 31 janvier 1889. — Il a voulu également que le *R. O. J.* continuât à ne pouvoir être modifié que par la voie diplomatique et par le procédé des ententes internationales.

25. Le seul fait que le texte qui fournit la base de notre étude est contenu dans le *R. O. J.* suffit à lui imprimer le caractère d'une véritable disposition de droit constitutionnel, placée au-dessus et en dehors de la réaction des simples lois. En employant pour définir la portée et la valeur légales de l'article 11 et des dispositions qui l'entourent, l'expression française de *droit constitutionnel*, nous ne nous dissimulons pas que nous la détournons quelque peu de sa signification technique habituelle, et

cela à un double point de vue. Tout d'abord, il s'agit d'un droit constitutionnel qui, au lieu de couvrir de son égide tous les citoyens du pays où il règne, ne garantit que les étrangers et les protégés des puissances étrangères. Forme évidemment inférieure du droit constitutionnel, parce que génératrice d'inégalité, dans la défense des droits subjectifs des particuliers, parce que fondée sur la soumission à deux poids et deux mesures de gens qui travaillent avec la même persévérance au développement économique du même pays. Forme bâtarde et dégénérée dont le développement, tout au moins pour la partie de ce droit constitutionnel que nous étudions, n'est due qu'à un accident historique, accident en apparence minime, et qui cependant a eu des conséquences très fâcheuses pour la population indigène de l'Égypte : l'attitude des délégués français qui, à la conférence internationale de 1869, a empêché la prise en considération de la proposition formulée au cours de la quatrième séance par Nubar Pacha, et qui tendait à soumettre les administrations égyptiennes à la juridiction des tribunaux mixtes, non seulement dans leurs rapports avec les étrangers, mais aussi dans leurs rapports avec les indigènes.

26. L'espèce particulière de droit constitutionnel qui se dégage des dispositions du *R. O. J.* combinées avec celles des Capitulations, se différencie, en second lieu, des droits constitutionnels européens par ses origines : elle trouve sa source dans les accords internationaux alors que les lois constitutionnelles d'Occident doivent uniquement leur institution à ce qu'on a appelé — en termes peut-être trop ambitieux et reflétant des conceptions organicistes de la Société dont le crédit devient de plus en plus branlant —

la volonté nationale (1). Mais cela ne veut pas dire qu'elle ait rien à leur envier au point de vue de la fixité et des garanties de longévité. Nous estimons même qu'elle est, en fait, plus stable que la plupart d'entre eux. La proposition peut paraître au premier abord paradoxale. Car le *R. O. J.* se rattache indissolublement à une réforme de la condition juridique internationale de l'Egypte que les puissances n'ont consentie à laisser réaliser en 1876 qu'en se réservant le droit de réclamer à l'expiration d'une courte période d'essai, le retour à l'état de choses antérieur, et qui ne se maintient dans l'application qu'en vertu de prorogations successivement consenties par tous les gouvernements intéressés. Mais, comme l'a fait justement remarquer l'un des membres les plus anciens et les plus expérimentés de la magistrature mixte, M. le conseiller Vercamer, « à côté du droit strict, il y a le fait brutal des convenances internationales » qui ne permettrait guère, soit à l'une des puissances adhérentes à la Réforme, soit au Gouvernement égyptien lui-même, de paralyser

(1) La notion de la volonté nationale, considérée comme distincte de celle des gouvernants ou de la somme des volontés de ceux qui forment dans chaque cas la majorité du corps électoral, a rencontré des résistances, même dans les milieux, comme celui de la *Société internationale de sociologie*, où les comparaisons organicistes sont prises le plus au sérieux. Voir notamment dans le tome IV des *Annales de l'Institut international de sociologie* les observations de M. TARDE, p. 83 et suiv., sur la communication de M. GAROFALO, *Le cerveau social et le cerveau individuel*, et la série d'études consacrées à la discussion de la thèse organiciste, p. 169-339. — Cette métaphore a été soumise à une étude critique particulièrement pénétrante et énergique par DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 319 et suiv. — p. 364 et suiv., — *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 55 et suiv.; 80 et suiv. — *Le droit social et le droit individuel*, p. 22 et suiv. — *Traité de droit constitutionnel* I. 1911, p. 74 et suiv.; 85 et suiv.; 107 et suiv.; 113, 117 et suiv.

ou de supprimer brusquement, par leur inaction ou leur opposition isolée — « au risque de compromettre gravement le crédit de ce pays, en même temps que la sécurité des énormes capitaux étrangers qui y sont engagés » (1), le fonctionnement d'une juridiction qui a été et qui reste l'un des principaux facteurs de la prospérité économique de l'Égypte. Par la force même des choses, les débats passionnés et les discussions souvent délicates de la période de 1867 à 1875 ont fait place peu à peu à « la comédie des renouvellements annuels ou quinquennaux », c'est-à-dire à la répétition, en quelque sorte mécanique et machinale, d'une procédure de délibération internationale qui ne comporte plus de surprises et dont on connaît et escompte d'avance le résultat.

Aussi, M. Péliissié du Rausas a-t-il pu dire, en parlant précisément de la Réforme réalisée par le *R. O. J.*, « que les institutions les plus provisoires sont celles qui ont les plus grandes chances de durée et que, en Orient surtout, le provisoire seul risque d'être perpétuel » (2). Et, en effet, alors que l'on a vu dans certains pays d'Occident, et notamment en France pendant la période du droit intermédiaire, des constitutions destinées dans la pensée de leurs auteurs à régir indéfiniment l'avenir, s'abattre successivement les unes sur les autres comme de simples châteaux de cartes, la constitution internationale d'attente et d'essai donnée à l'Égypte en 1875 s'y est si bien acclimatée et a si heureusement résisté à l'épreuve de la pratique que ceux des auteurs européens qui ont pu en étudier sur place le fonctionnement, sont, pour la plu-

(1) VERCAMER, *La juridiction mixte égyptienne*, p. 60-62.

(2) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 504-505.

part, d'avis qu'il conviendrait de la maintenir à titre définitif (1).

27. En dépit de la nature théoriquement provisoire du *R. O. J.*, nous ne craignons pas d'affirmer que ses dispositions offrent aux particuliers des garanties plus sûres contre les caprices et les revirements de la législation courante que ne le font la plupart des constitutions occidentales. Celles-ci, d'ordinaire, prévoient elles-mêmes la possibilité de leur révision, au moins partielle, et en confient la réalisation à des organes de législation constitutionnelle exclusivement nationaux. Il suffit dès lors, pour provoquer la suppression ou la modification de quelques-unes de leurs dispositions, qu'un courant suffisamment précis et d'une certaine durée se dégage en ce sens dans l'opinion publique du pays. Ce ne serait point assez pour assurer la refonte ou la modification partielle du *R. O. J.*; car il s'agit là d'opérations qui dépassent la capacité internationale de la puissance publique égyptienne et ne peuvent être réalisées qu'avec l'assentiment de toutes les puissances intéressées. Et l'on comprendra aisément que, quand il s'agit d'un article comme celui que nous étudions, qui fournit aux étrangers leur plus sûr, leur principal instrument de défense, supposer que les nombreuses puissances adhérentes à la Réforme judiciaire puissent toutes s'accorder, sans exception, pour approuver une modification au *R. O. J.* qui ferait disparaître cet article protecteur ou en restreindrait très notablement

(1) En ce sens VERCAMER et PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.* — L'opinion contraire est développée, mais avec quelques précautions oratoires, par LAMBA, *Condition juridique des Européens*, p. 306 et suiv.

la portée, c'est formuler une hypothèse logiquement concevable, mais pratiquement irréalisable. Le Gouvernement égyptien a pu s'en convaincre, par l'enseignement brutal de l'expérience, au cours des pourparlers diplomatiques qui ont suivi la circulaire adressée en 1897 par Boutros Pacha aux puissances et qui ont abouti en 1900 à une nouvelle rédaction, mais non pas à une transformation de fond, de notre article 11.

De par sa place dans le *R. O. J.* et en vertu de la distribution de compétence opérée par le nouvel article 12 c. c. m. entre la législation constitutionnelle et la législation ordinaire, l'article 11 — et, par conséquent, le système de protection des droits subjectifs des particuliers qui en est dérivé — est donc sûr de durer tant que durera la Réforme judiciaire. Pour se débarrasser du contrôle judiciaire qu'il lui impose, le Gouvernement n'a pas d'autre moyen que de renoncer à la Réforme judiciaire elle-même pour revenir, à l'expiration d'une des périodes quinquennales, au régime antérieur à 1876 et au système de l'immunité juridictionnelle et de l'immunité législative des étrangers tel qu'il fonctionnait avant cette date. Mais est-il même bien sûr qu'il lui reste cette dernière et héroïque ressource ?

28. Non. Car la solution de la question dépend de l'interprétation, très discutée dans la littérature du droit international public, de l'article 40, titre II, du *R. O. J.*, ainsi conçu :

« Pendant la période quinquennale, aucun changement ne devra avoir lieu dans le système adopté. Après cette période, si l'expérience n'a pas confirmé l'utilité pratique de la Réforme judiciaire, *il sera loisible aux*

Puissances soit de revenir à l'ancien ordre de choses, soit d'aviser, d'accord avec le Gouvernement égyptien, à d'autres combinaisons. »

Ce texte inséré à la fin du *R. O. J.*, pour donner satisfaction aux exigences de certaines puissances et surtout de la France, qui ne voulaient pas se résigner à consentir à titre définitif une renonciation, même partielle, aux privilèges que leur conféraient les Capitulations, et qui a fourni le point de départ de la pratique des renouvellements quinquennaux, paraît, dans sa teneur littérale, n'imprimer à la Réforme judiciaire le caractère d'un simple essai que dans l'intérêt et aux yeux des puissances étrangères et ne pas réserver au Khédive une faculté de dénonciation qui n'est formellement stipulée que pour ses co-contractants. .

Cette interprétation littérale aboutit toutefois à des conséquences trop rigoureuses à l'égard du Gouvernement égyptien pour que celui-ci ait pu l'accepter. Les défenseurs du point de vue gouvernemental ont déclaré juridiquement inconcevable un engagement aussi exorbitant du droit commun que celui qui aboutirait à imprimer aux actes diplomatiques de 1875 le caractère d'une convention boiteuse, provisoire pour l'une des parties, définitive pour l'autre. Envisageant le *R. O. J.* par son côté formel de préférence à son côté matériel, en en laissant dans l'ombre les aspects internationaux pour n'en faire ressortir que les aspects de droit égyptien interne, ils ont fait valoir que, par là même qu'il est l'œuvre du Khédive, celui-ci n'avait pas besoin d'y mentionner à son profit une faculté analogue à celle qu'il consentait à concéder aux puissances et qu'on ne comprendrait pas qu'il se soit

réserve expressément le droit d'abroger une loi émanée de son initiative. Fermant les yeux sur les brèches faites par ailleurs dans l'intégrité de la souveraineté locale, soit par les Capitulations, soit par les diverses stipulations des actes constitutifs de la Réforme, ils ont affirmé que, en supposant même que le Khédive eût consenti en 1875, en ce qui le concerne, à donner un caractère stable à l'institution des tribunaux mixtes, sa volonté n'aurait pu sortir effet, parce qu'elle aurait abouti à une véritable abdication partielle de la souveraineté territoriale dont l'essence est d'être inaliénable. Ils ont cru enfin trouver un argument de nature à infirmer le sens apparent de l'article 40 dans un passage du rapport de la Commission internationale du Caire de 1869-1870, où il est dit « que le Gouvernement a admis qu'après cinq années de fonctionnement de l'organisation proposée, les Puissances pourraient modifier, de *concert avec lui*, cette organisation, la conserver ou revenir à l'état de choses actuel (1).

Mais ces objections n'ont point empêché que l'interprétation littérale de l'article 40 ne s'implantât de plus en plus dans les milieux européens (2), où l'on a écarté l'argument tiré des travaux préparatoires, en répliquant

(1) BORELLI-BEY. *Législation égyptienne annotée*, p. LXXII. — Les arguments en faveur de l'interprétation de l'article 40, tendant à placer sur le même plan, au point de vue de la faculté de refuser le renouvellement de la Réforme, le Gouvernement égyptien et les Gouvernements étrangers, ont surtout été développés par VERCAMER, *La Juridiction mixte égyptienne et ses attributions législatives*, p. 57-60. — Voir spécialement l'annexe F, p. 132-137, où il reproduit une consultation donnée par lui au Gouvernement.

(2) FAUCHILLE, *Les tribunaux mixtes d'Egypte, leur prorogation et leur modification* dans *Revue générale de droit international public*, 1894, p. 126 et suiv.

que les conclusions de la Commission internationale de 1869 n'ont été accueillies par l'Europe que partiellement et avec de nombreuses corrections, et que ce ne sont pas les propositions de cette Commission, mais les propositions sensiblement différentes du projet français de 1870, qui ont formé la base des négociations définitives entre les puissances. De nouveaux éléments de défense ont d'ailleurs été fournis à cette interprétation par l'article 38 de la loi de liquidation du 17 juillet 1880 — reproduit dans le décret du 28 décembre 1904 — qui dispose que les commissaires de la Caisse de la dette pourront porter leurs différends avec l'administration financière égyptienne, devant les tribunaux mixtes de la Réforme, et que l'on interprète comme conférant, par la force de traités internationaux, aux porteurs de titres de la dette publique égyptienne la garantie de la protection juridictionnelle des tribunaux et comme mettant dès lors obstacle à la suppression de cette juridiction, par la seule initiative du Gouvernement khédivial (1).

Notons toutefois que cette interprétation qui, en bonne logique, devrait conduire à considérer la Réforme comme un état de choses permanent, affecté seulement d'une clause résolutoire dans l'intérêt des puissances

(1) KAUFMANN, *Les commissaires de la Caisse de la dette publique et le droit international* (traduit de l'allemand par Babled. Le Caire et Paris. Diemer et Rousseau, 1896). — ABDALLAH SIMAIKA, *De la compétence des tribunaux mixtes d'Égypte*. Thèse, Montpellier, 1892, p. 132. — BONNEVAY, *Organisation judiciaire de l'Égypte*, p. 45-49. — SAINT-MARC, dans *Revue du droit public et de la science politique*, V. 1896, p. 471 et suiv. — BABLED, dans *Revue générale de droit international public*, IV. 1897, p. 127. — Cf. aussi LAMBA, *Condition juridique des Européens*, p. 312, note I, qui définit les termes de la question, mais en évitant de prendre position.

étrangères (1), se concilie assez mal avec la pratique des renouvellements quinquennaux qui fait de la Réforme un régime d'essai, indéfiniment renouvelable par la voie de conventions de prorogation. C'est, à notre avis, l'argument le plus sérieux — nous ne pouvons pas dire l'argument décisif — des défenseurs du point de vue égyptien.

29. Les deux thèses se sont directement heurtées en 1897, et surtout en 1898, au cours des négociations assez vives, et même quelque peu irritantes, engagées entre l'Égypte et l'Angleterre d'une part, et les Puissances de l'autre, à la suite de la circulaire de Boutros Pacha de novembre 1897, réclamant la modification de notre article 11 ainsi que d'une autre disposition du *R. O. J.* La prétention émise par le Gouvernement égyptien de subordonner son consentement au renouvellement de la Réforme à l'acceptation par l'Europe de limitations nouvelles à la compétence des tribunaux mixtes et l'intention affirmée par lui de prendre, si satisfaction ne lui était pas donnée, l'initiative d'une abrogation ou d'une suppression des institutions judiciaires introduites en 1876, soulevèrent les plus énergiques protestations de la part de quelques-unes des grandes puissances. Nous aurons l'occasion de constater dans la partie de notre étude consacrée à l'analyse de la rédaction donnée à l'article 11, en 1900 (Livre IV, chap. 2), que l'issue de cette lutte diplomatique ne tourna pas au profit du Gouvernement égyptien, qui dut se contenter de concessions plus apparentes que réelles et renoncer à faire pression sur les Puissances par la subs-

(1) FAUCHILLE, dans *Revue générale de droit international public*, 1894, p. 126 et suiv.

titution des renouvellements annuels au renouvellement quinquennal normal (1).

Nous ne devons pas nous dissimuler que l'échec subi à cette époque par la diplomatie de Boutros Pacha et du représentant de l'Angleterre près de l'Égypte a créé un précédent des plus graves à l'encontre de l'interprétation égyptienne de l'article 40 du *R. O. J.*, et c'est peut-être ce précédent qui explique que M. Pélissié du Rausas, dans la conclusion de la dernière édition de son livre sur les Capitulations, ait cru pouvoir, tout en mentionnant incidemment l'existence de l'opinion divergente, affirmer en termes tranchants et présenter comme certain au point de vue des principes juridiques que, en donnant aux puissances seules, à l'exclusion du Gouvernement égyptien, la faculté de dénoncer la Réforme judiciaire, la disposition finale du règlement d'organisation judiciaire leur reconnaît par là même le droit de clore à leur gré la période d'essai, sans que le Gouvernement égyptien puisse élever la moindre objection, sans même qu'il soit appelé à donner son consentement (2). Cette dernière affirmation nous paraît trop hardie, car elle suppose résolue une question qui est toujours ouverte et l'auteur est obligé de reconnaître lui-même qu'il serait à l'heure actuelle pratiquement impossible de la faire passer du domaine de la théorie dans celui de la réalité. Mais il n'en reste pas moins vrai — et c'est la conclusion que nous tirerons des explications qui précèdent — que,

(1) Cf. BABLED, *Le renouvellement des pouvoirs des tribunaux égyptiens de la Réforme* dans *Revue générale de droit international public*, VI, 1899, p. 341 et suiv.

(2) *Le Régime des Capitulations dans l'Empire ottoman*, II, p. 503.

par suite des interprétations contradictoires dont l'article 40 est l'objet, le Gouvernement égyptien, s'il essayait de procéder de sa seule initiative, même à l'expiration d'une période quinquennale, à la suppression des juridictions mixtes, se heurterait aux mêmes difficultés diplomatiques insurmontables que rencontreraient elles-mêmes les puissances européennes, si elles tentaient de se passer du concours de l'autorité khédiviale pour consolider à l'état d'institutions permanentes les dites juridictions; que, par conséquent, l'abrogation de la Réforme judiciaire, de même que la clôture de sa période d'essai, ne pourrait être réalisée dans la pratique que par le commun accord de tous les signataires des actes internationaux de 1875 et 1876.

30. Finalement donc, pour éliminer de notre législation, le jour où il en éprouverait le besoin, des dispositions du *R. O. J.* présentant, comme la nôtre, un intérêt vraiment vital pour les ressortissants des puissances étrangères, le Gouvernement égyptien ne pourrait guère compter, ni sur l'éventualité des révisions partielles, qui ne dépendent pas de sa seule volonté, ni même sur la ressource ultime d'un abandon global de la Réforme judiciaire. Pour atteindre le résultat cherché, il lui faudrait attaquer le grave problème de l'abrogation des Capitulations, problème qui n'est point encore arrivé à maturité et qui, sous le régime de l'occupation anglaise, ne peut guère être solutionné que par la généralisation du procédé qui a permis la conclusion de l'accord anglo-français de 1904, c'est-à-dire par une large distribution de compensations aux puissances bénéficiaires des Capitulations ou, tout au moins, à celles d'entre elles qui se sentent assez fortes pour défendre efficacement leurs droits.

L'article 11 jouit donc, en fait, des mêmes garanties de longévité que les Capitulations elles-mêmes — et nous pouvons ajouter, renvoyant à des justifications postérieures, qu'il a même de fortes chances de leur survivre. — Il constitue l'un des textes fondamentaux de ce droit constitutionnel qui, à raison de son caractère international, présente une stabilité d'assises supérieure à celle des droits constitutionnels nationaux de l'Europe.

Nous connaissons ainsi, grâce à une rapide esquisse de l'historique de la Réforme judiciaire, les origines de notre article, et, grâce à l'étude que nous venons de faire du *R. O. J.* sa nature légale et la portée de son autorité. Il nous reste maintenant à définir ses relations avec les dispositions voisines du *R. O. J.*

CHAPITRE III

La place de l'Article 11 dans le R. O. J.

34. Le règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes en Egypte se divise en deux titres qui traitent, le premier de la juridiction en matière civile et commerciale, le second de la juridiction en matière pénale, en ce qui concerne les étrangers. Le titre premier se compose lui-même de trois chapitres dont voici les rubriques : Chapitre I, Tribunaux de première instance et Cour d'Appel ; Chapitre II, Parquet ; Chapitre III, Dispositions spéciales et transitoires. C'est dans le premier chapitre du titre I (art. 1-25) que figure notre article.

Ce chapitre, après avoir, dans un premier paragraphe, fixé le nombre des tribunaux mixtes de première instance, la composition du personnel de ces tribunaux et de la Cour d'Appel d'Alexandrie, les modes de recrutement des magistrats et de leurs principaux auxiliaires (art. 1-8), détermine ensuite, dans un second paragraphe (art. 9-14) l'étendue de la compétence des nouveaux tribunaux et termine en réglementant, dans les paragraphes suivants (§§ III-V), la tenue des audiences (art. 15-17), l'exécution des sentences (art. 18), les garanties d'inamovibilité et d'indépendance des magistrats, ainsi que les mesures disciplinaires dont les juges, avocats et officiers de justice peuvent être l'objet (art. 19-25). Le texte qui forme le

point de départ de la théorie de la responsabilité de l'Etat dans la jurisprudence des tribunaux mixtes s'encadre donc au milieu des dispositions qui délimitent la compétence de ces tribunaux.

32. Il y est amené, à sa place naturelle, par un développement logique de la pensée maîtresse des réformateurs de 1875. L'article 9, dont nous avons déjà reproduit antérieurement le dispositif, pose les bases générales de la compétence. Mettant à part les questions de statut personnel — maintenues sous le régime antérieur à 1875, dont, par conséquent, les nouveaux tribunaux ne peuvent jamais connaître —, mais englobant indistinctement dans sa disposition toutes les autres contestations en matière civile et commerciale — c'est-à-dire toutes les matières, de nature fort diverses, que notre doctrine, reprenant dans une autre acception la terminologie si simpliste et si critiquée de l'ancienne théorie française des statuts, a pris l'habitude de grouper, par opposition au statut personnel, sous la dénomination de statut réel — l'article 9 déclare les tribunaux mixtes compétents pour connaître des contestations : 1° entre indigènes et étrangers; 2° entre étrangers de différentes nationalités, et, par voie de conséquence, leur refuse compétence pour les litiges : 1° entre indigènes; 2° entre étrangers de même nationalité. Si l'on fait abstraction des complications dues au contre-coup de la théorie de la protection internationale, le critère consacré dans l'article 9 est d'une clarté et d'une simplicité satisfaisantes.

Mais quelle en est la portée? Ne peut-il fonctionner que pour les litiges qu'évoque plus particulièrement, dans la langue du droit français, l'expression « contestations

en matière civile et commerciale » employée dans l'article 9, c'est-à-dire pour ceux qui ne mettent en présence que de simples particuliers ? Où ne faut-il pas l'étendre à ceux-là même qui font entrer en scène l'Etat ou les administrations publiques ? Telle est la question subsidiaire que vient trancher l'article 10 en disant : « Le Gouvernement, les administrations, les daïras de S. A. le Khédive et des membres de sa famille seront justiciables de ces tribunaux dans les procès avec les étrangers. » Ce texte a, avant tout, pour but, de mettre fin à des pratiques également fâcheuses et dangereuses pour le Gouvernement égyptien et pour les étrangers qui se trouvaient en rapports d'affaires avec lui. Pendant la période de notre histoire juridique qui précède la Réforme de 1875 les étrangers, déjà fort nombreux en Egypte et placés parfois à la tête des principales exploitations économiques, avaient été amenés par la défiance que leur inspiraient la mauvaise organisation et le défaut d'indépendance des juridictions indigènes à s'abstenir systématiquement de porter devant elles leurs réclamations contre le Gouvernement égyptien et à faire valoir leurs revendications par l'intermédiaire de leurs consuls, de sorte que pour le règlement des litiges entre étrangers et administrations égyptiennes, la voie diplomatique s'était complètement substituée dans la pratique à la voie judiciaire. C'est afin de prévenir plus sûrement le renouvellement de pareils abus, en assurant aux intéressés la certitude absolue de trouver en face d'eux des juridictions leur offrant le maximum de garanties d'impartialité que le législateur de 1875 a cru devoir formuler expressément une solution qui n'est après tout que l'une des conséquences naturelles de l'article 9 : la soumission des administrations égyptien-

nes au jugement des tribunaux mixtes pour leurs procès avec les ressortissants et protégés de puissances étrangères.

Jusqu'où va cette soumission ? Ne s'impose-t-elle — pour parler un langage, qui, au moment de la rédaction du *R. O. J.* était fort à la mode dans la majorité des pays latins, qui l'est encore dans certains d'entre eux, comme la Belgique — qu'aux administrations agissant dans la sphère de leur personnalité civile, dans les mêmes conditions que le ferait un particulier, en s'engageant dans des rapports contractuels et en se pliant ainsi volontairement aux règles du droit ; ou doit-elle s'étendre même au cas où celles-ci se prévalent de leur qualité de détentrices de la puissance publique et exercent l'autorité que leur confère leur nature politique ? C'est ici qu'intervient l'article 11 qui fait prévaloir la plus large de ces deux solutions possibles et maintient expressément la compétence des tribunaux mixtes dans les rapports entre administrations égyptiennes et étrangères, même pour le cas où le litige a sa source dans un acte administratif proprement dit, en prenant des précautions pour éviter que cette intervention des tribunaux ne puisse paralyser le fonctionnement régulier de la puissance publique.

• A partir de ce moment la pensée du législateur suit un nouveau cours dans le chapitre I du titre I du *R. O. J.* On rencontre, en effet, ensuite des dispositions dont certaines — art. 12 et 13 — apportent des tempéraments, soit à la compétence des tribunaux mixtes en matière de statut réel, soit à leur compétence en matière de statut personnel, et dont la dernière vise l'organisation de la juridiction de conciliation, mais qui les unes et les autres sont sans rapport direct avec l'article 11.

L'économie même de ce chapitre I nous révèle donc immédiatement que notre texte ne saurait se suffire à lui-même ; qu'il est dans l'étroite dépendance de deux autres articles du *R. O. J.* : les articles 9 et 10.

SECTION I

Rapports de l'Article 11 avec l'Article 9

33. La dépendance avec l'article 9 est particulièrement étroite. C'est, en effet, l'article 9 qui, par l'application de son critère général : compétence entre plaideurs de nationalités différentes, incompétence entre plaideurs de même nationalité, permet d'établir la liste des cas où les tribunaux mixtes ont à connaître des procès dirigés contre les administrations publiques ; l'article 11 détermine seulement comment cette compétence, une fois établie, doit être exercée ; jusqu'à quel point elle confère aux juges la faculté d'apprécier les actes administratifs générateurs du litige. L'article 11 est si fortement soudé à l'article 9 que tout changement dans le mécanisme général du second a inévitablement son contre-coup sur le fonctionnement du premier. C'est ce qui explique que, quand, à la suite de l'application si retentissante que la jurisprudence mixte fit de notre article en 1896, dans l'affaire de la Caisse de la dette, le Gouvernement égyptien, par sa circulaire du 15 novembre 1897, demanda aux puissances que le *R. O. J.* fut révisé de façon à empêcher le renouvellement de ce qu'il considérait comme un empiètement des juges sur la fonction gouvernementale, il crut nécessaire de réclamer la refonte de l'article 9 en même temps que celle de l'article 11. Et nous verrons dans le livre IV, chapitre 2, de cette première partie que les seules limitations réellement nouvelles à la

compétence administrative des tribunaux mixtes que la diplomatie de Boutros Pacha ait réussi à obtenir, par ses laborieux pourparlers, dans le décret khédivial promulgué avec l'assentiment des puissances le 26 mars 1900, sont celles qui proviennent de la répercussion des modifications réalisées dans l'article 9. C'est encore par l'intermédiaire de l'article 9 que se sont fait sentir sur l'article 11 les conséquences des restrictions indirectement apportées à la compétence administrative de la juridiction mixte par le décret khédivial du 28 novembre 1904, rendu à la suite de l'accord anglo-français du 8 avril 1904, après entente préalable avec les puissances signataires de la convention de Londres et qui est venu unifier la législation, jusque là si compliquée, de la dette publique égyptienne.

Les modifications de fait dans le cercle d'application pratique de l'article 11 auxquelles nous venons de faire allusion, sont toutes intervenues à l'occasion de la question suivante : Les diverses administrations qui se partagent, en territoire égyptien, l'exercice des attributions de la puissance publique sont indiscutablement justiciables des tribunaux mixtes quand elles ont des démêlés avec des étrangers; mais le restent-elles encore quand des litiges s'élèvent entre elles et des indigènes qui ne sont placés sous la protection d'aucune des puissances étrangères, qui sont soumis au droit commun de l'indigénat égyptien? Nubar Pacha n'hésitait pas à solutionner cette question par l'affirmative, soit dans sa note du 3 décembre 1867, soit dans le projet soumis par lui à la Commission internationale de 1869. Mais on se rappelle que cette proposition, qui eût mis exactement sur le même plan, au point de vue de la défense contre l'arbitraire administratif, les indigènes et les Européens, se heurta à des difficultés de

forme suscitées par les délégués français et que la Commission dut, pour cette raison, se résigner à l'écartier. Aussi le projet de règlement d'organisation judiciaire qui, sur les plans tracés par la Commission de 1869, fut arrêté en avril 1870, de concert entre Nubar Pacha et le grand vizir, faisait-il prévaloir expressément la solution opposée et se terminait-il par un article 24, disposant que « les cours et les tribunaux ainsi constitués ne connaîtront point des différends des indigènes entre eux ou avec le Gouvernement de quelque nature qu'ils soient » (1). Cette disposition finale est disparue, dans le projet de *R. O. J.* accepté par le Gouvernement français en mai 1870 (2) et dans le texte définitif du règlement, non pas par suite d'un nouveau revirement d'idées, mais parce qu'elle a paru superflue ; parce que l'on a jugé qu'elle se dégageait déjà avec une suffisante clarté de la règle générale posée dans l'article 9.

34. La lettre même de cet article et le rapprochement de ses travaux préparatoires pourraient donc faire croire, à première vue, que, pour tout ce qui concerne les litiges entre administrations publiques et nationaux égyptiens régis par le droit commun de l'indigénat, l'incompétence des tribunaux mixtes est vraiment absolue et ne comporte aucune exception (3). Et pourtant cette première impres-

(1) *Documents diplomatiques*. Livre Jaune de janvier 1875, p. 5 (1^{re} annexe à la dépêche de M. de Rémusat à l'ambassadeur de France à Constantinople du 4 juillet 1872).

(2) *L. c.*, p. 6-10 (2^e annexe à la dépêche du 4 juillet 1872).

(3) Le principe lui-même n'est pas douteux. Et les tribunaux mixtes ont souvent eu l'occasion de déjouer les détours employés par des indigènes pour l'éluder et porter leurs démêlés avec les administrations indigènes devant les juridictions de la Réforme.

sion est certainement trompeuse. Car il faut tenir compte de l'action exercée sur le fonctionnement pratique de l'article 9 par l'une des constructions les plus importantes et les plus originales des tribunaux de la Réforme, la théorie de l'intérêt mixte qui a si largement contribué à étendre le cercle de leur intervention juridictionnelle, théorie en vertu de laquelle leur compétence se détermine, non pas uniquement d'après la nationalité des parties en cause, mais aussi, et avant tout, d'après le caractère des intérêts engagés au procès, de sorte que cette compétence arrive à s'étendre, même à des affaires où ne figurent personnellement et en nom que des parties qui sont toutes indigènes ou appartiennent toutes à la même nationalité étrangère, quand le rapport de droit déduit en justice est indissolublement lié à des intérêts mixtes et quand la solution judiciaire donnée à l'affaire litigieuse est destinée à exercer une répercussion sur la situation juridique et les droits acquis des ressortissants ou des protégés de puissances étrangères même non représentés au procès (1). Il faut également faire état de la situation, très exceptionnelle au point de vue des principes du droit international public, que les prodigalités du règne d'Ismail Pacha ont faite au Gouvernement égyptien en l'obligeant, non seulement à affecter spécialement à la

Voir notamment les arrêts de la Cour d'Appel d'Alexandrie du 25 mars 1897. B. L. J. IX, 239 ; — 3 avril 1890 ; B. L. J., II, 201 ; — 4 février 1891 ; B. L. J., III, 155. — 10 juin 1897 ; B. L. J., IX, 384. — 8 février 1899 ; B. L. J., XI, 120. — 3 mai 1900 ; B. L. J., XII, 232.

(1) Sur cette théorie de l'intérêt mixte, LAMBA, *Evolution de la condition juridique des Européens en Egypte*, p. 135 et suiv. — PÉLISSIE DU RAUSAS, l. c., II, p. 329 et suiv. — SCOTT, *The law affecting foreigners in Egypt as the Result of the Capitulations*, Edinburgh, 1908, p. 218 et suiv.

garantie des porteurs de titres de la dette publique les revenus de ses domaines ou les produits de quelques-unes des branches de l'administration financière, mais aussi à autoriser les créanciers de l'Etat à surveiller et parfois même à diriger la gestion ou l'emploi des recettes ou des biens soumis à leur gage par l'intermédiaire de délégués choisis, tantôt en totalité (1), tantôt en majorité seulement (2) parmi les nationaux de certaines puissances étrangères et sur la présentation ou la proposition de leurs Gouvernements, et chargés avant tout de défendre les intérêts des porteurs étrangers de titres de la dette publique égyptienne.

35. L'état de choses créé à la suite, et comme condition, des emprunts de 1876, 1877, 1878, a abouti pratiquement à la répartition des administrations publiques égyptiennes en deux groupes bien tranchés : 1^o les administrations qui ne sont que les rouages ou les organes normaux de la puissance publique territoriale, qui restent assez complètement dans la dépendance de l'Etat égyptien pour n'avoir pas vraiment une existence ou une personnalité juridique indépendantes de la sienne et qui n'ont la garde que d'intérêts réellement et exclusivement égyptiens. Celles-là ne sauraient être rangées dans une autre classe que l'Etat avec lequel elles se confondent, et qui, lui, est la plus haute et la plus forte expression de la nationalité égyptienne. Aussi leur réserve-t-on la dénomination technique *d'administrations indigènes*. 2^o les administrations qui, non seulement ne sont pas des créations spontanées de la

(1) Caisse de la dette publique.

(2) Ancienne daïra Sanieh. Administration des Domaines. Administration des chemins de fer, des télégraphes et du port d'Alexandrie.

volonté unilatérale du Gouvernement égyptien et jouissent vis-à-vis de lui d'une plus ou moins large autonomie, mais dont l'institution suppose en outre l'abandon temporaire par le Gouvernement égyptien de parcelles de sa souveraineté, la renonciation au droit de gérer seul les éléments du domaine public engagés comme sûreté d'emprunts et qui, par la composition de leurs comités directeurs, sont organisées de façon à assurer le contrôle des puissances étrangères sur certaines branches de l'activité administrative. On les appelle *administrations égyptiennes*, en employant ce mot, comme une expression factice et conventionnelle, pour désigner et catégoriser les administrations qui représentent des intérêts mixtes, à la fois égyptiens et étrangers. Transportant la notion de nationalité dans le domaine de la classification des personnes morales de droit public — où elle ne peut évidemment pénétrer qu'en se déformant — on a cru pouvoir dire que les administrations publiques de ce second type n'ont, en réalité, ni une nationalité exclusivement égyptienne, ni une nationalité exclusivement étrangère, qu'elles participent à la fois de l'une et de l'autre de ces nationalités. Et, par application de la théorie de l'intérêt mixte on en a conclu que, si les indigènes ne sont pas admis à porter leurs litiges contre les administrations dites indigènes devant la juridiction mixte, ils sont, en revanche, tenus de soumettre à cette juridiction leurs contestations avec les administrations dites égyptiennes, parce que celles-ci ont une nationalité en partie étrangère et parce que les intérêts qu'elles défendent sont des intérêts mixtes (1).

(1) Sur la distinction des deux sortes d'administrations cf. PADOA BEY. — *De la compétence de la juridiction mixte dans les contestations entre les indigènes et les administrations de l'Etat en Egypte* dans CLUNET, 1888, p. 297 et suiv. — LAMBA, *Condition juridique des Européens*, p. 155-183. — PELISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 343-354.

La jurisprudence des tribunaux mixtes fut amenée peu à peu, par la nature même des affaires engagées devant elle, à passer en revue les principales administrations du pays, ou tout au moins celles dont le caractère pouvait à la rigueur prêter à quelque doute, pour examiner si elles répondaient à l'une ou à l'autre des deux définitions ci-dessus données. Rejetant dans la première catégorie l'administration des douanes (1), elle rangea successivement dans la classe des *administrations égyptiennes*, justiciables des tribunaux de la Réforme même pour leurs procès avec les indigènes, l'administration des domaines (2), l'ancienne Daïra Sanieh (3), l'administration des chemins de fer, des télégraphes et du port d'Alexandrie (4), la Caisse de la Dette, que protégeait d'ailleurs, comme nous l'avons vu, un texte formel, l'article 38 de la loi de liquidation (5) et enfin la municipalité d'Alexandrie (6). Cette interprétation extensive de l'article 9 a notablement élargi le cercle de la compétence en matière administrative des tribunaux mixtes, du même coup, la sphère de domination de l'article 11 qui est amené par là à s'appli-

(1) Cour d'Appel d'Alexandrie, 22 mai 1889, *B. L. J.*, I, p. 143, réformant un jugement contraire du tribunal d'Alexandrie rapporté dans Lamba, p. 166 et suiv.

(2) Cour d'Appel d'Alexandrie, 12 mai 1881, *Recueil officiel des arrêts de la Cour d'Alexandrie*, VI, p. 171.

(3) Cour d'Appel d'Alexandrie, 14 mars 1888, *Recueil officiel* XIII, p. 112 et suiv. ; — 11 décembre 1890, *B. L. J.*, III, 63.

(4) Cour d'Appel d'Alexandrie, 11 décembre 1889, *B. L. J.*, I, p. 351.

(5) Cour d'Appel d'Alexandrie, 29 janvier 1891, *B. L. J.*, III, p. 152. — 4 février 1891 ; *B. L. J.*, III, p. 154. — 4 mai 1893 ; *B. L. J.*, V, p. 238.

(6) Cour d'Appel d'Alexandrie, 9 novembre 1892, *B. L. J.*, V, p. 4. — 12 mars 1896 ; *B. L. J.*, VIII, p. 156. Cf. LAMBA, p. 171-179.

quer : 1° aux relations de toutes les administrations publiques d'Egypte avec les étrangers; 2° aux rapports de certaines de ces administrations avec les indigènes.

36. La jurisprudence a ainsi repris, mais seulement d'une façon partielle et par des voies détournées, l'idéal de soumission de tous les habitants de l'Egypte, sans distinction de race et d'origine, au même régime de défense des droits individuels que Nubar Pacha s'était vainement offert, en 1869, à réaliser ouvertement et dans toute son intégralité. Même restreinte dans ces limites plus modestes, l'intervention des tribunaux mixtes dans le jugement de contestations entre administrations et administrés indigènes ne laissa pas que d'inquiéter les représentants officiels de l'Angleterre en Egypte à partir du moment où, avec l'expédition du Soudan, leurs prétentions à l'exercice d'une tutelle, exclusive de tout autre, sur la politique intérieure et internationale de l'Egypte commencèrent à s'affirmer vis-à-vis de l'Europe avec une claire et brutale franchise. Plus ombrageux que Nubar Pacha, ils sentirent le désir de se débarrasser d'un contrôle judiciaire qui, exercé par une juridiction absolument indépendante d'eux, et se faisant sentir sur quelques-unes des branches les plus importantes de l'administration générale, pouvait parfois gêner quelque peu le libre développement de leur activité politique. Aussi, dans la circulaire adressée aux puissances en novembre 1897, à la suite de l'affaire de la Caisse de la dette, Boutros Pacha leur demanda-t-il, au nom du Gouvernement, de consentir à l'introduction dans l'article 9 du *R. O. J.* d'une disposition complémentaire qui aurait pour but de condamner formellement la théorie de l'intérêt mixte et de faire disparaître, en même temps, la distinction

établie par la pratique judiciaire entre les administrations indigènes et les administrations dites égyptiennes. Boutros Pacha proposait de faire suivre le premier alinéa de l'article 9, qui formule le principe général — restriction de la compétence des tribunaux mixtes aux procès entre plaideurs de nationalités différentes — d'un second paragraphe ainsi conçu : « Leur compétence sera déterminée uniquement par la nationalité des parties réellement en cause, sans avoir égard aux intérêts mixtes qui pourraient être indirectement engagés. »

37. — Mais cette proposition, dont l'adoption eût constitué, par rapport à la jurisprudence antérieure, un changement de front aussi brusque que complet, ne trouva pas grâce devant la Commission internationale de 1898 (1). Les puissances imprimèrent, au contraire, une sorte de consécration tacite de législation internationale à la théorie de l'intérêt mixte, en rejetant le projet gouvernemental qui la condamnait. En ce qui concerne l'application de ce principe aux rapports entre simples particuliers, elles consentirent seulement à la promulgation de textes modificatifs des art. 436 c. c. m. et 478 c. p. m. (2) et destinés à empêcher que des cessions de créances fictives ou des saisies-arrêts frauduleuses ne pussent continuer à servir, comme elles l'avaient fait souvent dans le passé, à saisir artificiellement la juridiction mixte de la connaissance de rapports d'obligations nés entre indigènes. Et Boutros

(1) Cf. BABLED, *Les tribunaux égyptiens de la Réforme et le renouvellement de leurs pouvoirs* dans *Revue générale de droit international public*, VI, 1899, p. 358-367. — BONNEVAY, *Organisation judiciaire de l'Egypte*, p. 125 et suiv.

(2) Second décret khédivial du 26 mars 1900, articles 1 et 2.

Pacha ne fut pas plus heureux sur le terrain du contentieux des actes administratifs dont, semble-t-il, il se préoccupait avant tout. Il dut renoncer à ses revendications initiales pour se contenter de l'addition à l'article 9 d'un dernier alinéa ainsi conçu : « La municipalité d'Alexandrie dans ses rapports avec les indigènes n'est pas justiciable des tribunaux mixtes. » (1).

Cette disposition complémentaire n'était, sans doute, qu'une bien maigre fiche de consolation pour l'homme d'Etat qui, après avoir déployé tous ses efforts de diplomatie en vue d'assurer aux administrations centrales de l'Etat égyptien des garanties contre toute ingérence de la juridiction mixte dans leurs relations avec les administrés indigènes, n'obtenait ces garanties qu'au profit d'une administration communale. Elle a cependant introduit une première limitation d'une réelle importance pratique, dans la compétence administrative des tribunaux de la Réforme telle qu'elle avait été comprise jusque-là. Et elle marque le point de départ d'un resserrement progressif de cette compétence, qui s'est dessiné plus nettement par l'effet de la situation financière nouvelle créée par le décret khédivial du 28 novembre 1904. L'article 66 de ce décret, en abrogeant les textes d'où résultait l'affectation spéciale des revenus de l'administration des chemins de fer, des télégraphes et du port d'Alexandrie au service de la dette égyptienne, a détruit le caractère de nationalité mixte de cette administration pour la transformer en une branche de l'administration générale de l'Etat qui, comme telle, ne peut plus être valablement citée devant les tribunaux mixtes à raison de

(1) Premier décret khédivial du 26 mars 1900, article 1.

ses procès avec des indigènes (1). Puis, en 1905, le remboursement de la dette de la Daïra Sanieh et la disparition, par voie de conséquence, de cette administration sont encore venus diminuer le nombre des applications possibles de la théorie de l'intérêt mixte en matière de litiges administratifs. Et les mêmes causes sont appelées à produire les mêmes effets en ce qui concerne l'administration des domaines.

Les transformations qui se sont produites, soit avant 1900, soit depuis cette date, dans l'étendue des débordements de la compétence administrative des tribunaux de la Réforme sur le cercle des relations entre indigènes et administrations publiques méritaient d'être notées. Nous aurons à en faire état quand le moment sera venu de comparer et de juger les deux corps de jurisprudence qui se partagent chez nous la réglementation de la responsabilité de la puissance publique. Pour le moment, nous ne songeons point encore à en tirer d'autre conséquence que la constatation de l'étroitesse des liens de subordination qui rattachent l'article 11 à la disposition maîtresse de l'article 9.

(1) Arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie du 26 avril 1905, *B. L. J.*, XVII, 229, — Cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, l. c., II, p. 354-356.

SECTION II

Rapports de l'Article 11 avec l'Article 10

38. Les rapports de notre texte avec l'article 10 du R. O. J. sont d'une nature beaucoup moins claire. Cette nature ne se révèle pas à la seule inspection du contenu des deux textes voisins. Mais nous pensons que l'analyse attentive des travaux préparatoires de la Réforme peut permettre d'arriver à la définir, sinon avec une complète certitude, du moins avec les plus grandes chances d'exactitude. Cette analyse va aussi nous fournir l'occasion de mettre sous les yeux du lecteur ceux des documents de cet ordre que nous aurons le plus fréquemment à consulter dans la suite de notre discussion.

La question tranchée par les articles 10 et 11 n'était point encore formellement abordée dans le fameux rapport de Nubar Pacha au Khédive qui donna l'impulsion première aux pourparlers diplomatiques relatifs à la Réforme judiciaire. Mais elle rentrait évidemment dans le cercle d'idées que ce document soumettait à la discussion internationale. Aussi se trouve-t-elle déjà traitée dans la note que le grand homme d'Etat égyptien rédigeait à la date du 3 décembre 1867 sous le titre de « *quelques explications sur les garanties que présentera l'organisation judiciaire proposée pour l'Egypte* ». Nous relevons, en effet, dans cette note, les lignes suivantes :

« Le tribunal sera compétent pour toutes les questions qui concernent les administrations des domaines des vice-rois et des princes. Il connaîtra de toutes les

demandes intentées par le gouvernement contre les particuliers *indigènes ou européens* et de toutes celles qui seront introduites contre le gouvernement par les mêmes particuliers pour l'*exécution d'un contrat*. Cependant il est bien entendu que le tribunal ne pourra ordonner aucune mesure qui soit de nature à empêcher ou suspendre l'exécution d'un acte d'administration ; il connaîtra seulement des demandes d'indemnités formées contre le gouvernement à l'*occasion des actes d'administration* qui seraient contraires à un engagement pris ou à une concession accordée antérieurement ».

Dans son désir de désarmer des résistances qui s'étaient déjà dessinées, Nubar Pacha s'offrait donc à laisser prendre les plus larges développements à la juridiction indemnitaire des nouveaux tribunaux pour les contestations intéressant les administrations publiques. Il se déclarait disposé à l'admettre au profit des indigènes aussi bien que des Européens, pour les procès dirigés contre le gouvernement et les services publics aussi bien que pour les procès engagés contre la personne privée du Khédive et les administrations chargées de la gestion de son patrimoine propre. Il est assez vraisemblable aussi qu'il n'entendait pas faire de différences à cet égard entre les réclamations contre les actes contractuels et les réclamations contre les actes unilatéraux des administrations, quoiqu'il ressorte de la rédaction même de cette partie de la note que la distinction des deux formes de contentieux des actes administratifs ne se dégageait pas bien clairement dans sa pensée.

39. Ses intentions qui sont encore plus sommairement et plus confusément exposées dans l'ébauche de projet de

modifications à introduire dans l'administration de la justice présentée par lui à la première réunion de la Commission internationale du Caire, le 28 octobre 1869 (1) se précisent, en revanche, dans le *premier projet préliminaire de R. O. J.* qu'il déposa au cours de la réunion de la Commission du 15 décembre 1869 (2).

Après avoir posé dans l'article 12 le principe de la compétence des futurs tribunaux pour les procès entre gens de nationalités différentes, à l'exception toutefois des actions réelles et immobilières relatives aux wakfs, le premier projet préliminaire formulait les dispositions suivantes :

« Art. 13. — Ils connaîtront de toutes les contestations commerciales entre indigènes et de toutes les contestations civiles, que les parties exclusivement indigènes consentiront à leur soumettre.

« Ils statueront également sur tous les procès regardant le gouvernement, les administrations et les Daïras du vice-roi et des princes, *même quand la partie adverse sera un indigène.*

« Ils ne pourront toutefois statuer sur la propriété d'immeubles appartenant à l'Etat et servant à l'utilité générale, ni arrêter l'exécution d'une mesure administrative.

« Ils devront seulement dans ces derniers cas juger les

(1) Voir le texte de cette ébauche dans : *Procès-verbaux de la Commission internationale instituée pour l'examen des propositions du Gouvernement égyptien tendant à réformer l'administration de la justice en Egypte*. 1870, Alexandrie, Imprimerie française Mourès et Cie, séance du 28 octobre.

(2) Même recueil, séance du 15 décembre.

usurpations et les *atteintes portées à la propriété privée et à la liberté personnelle*, ou accorder les indemnités légitimement dues, *par suite de l'exécution d'un acte d'administration contraire à un droit acquis ou à un contrat* consenti par le gouvernement ou l'administration publique.

« Art. 14. — Les poursuites, soit civiles ou criminelles, contre un fonctionnaire à raison d'abus commis dans l'exercice de ses fonctions, seront de la compétence du tribunal, et pourront être intentées *sans aucune autorisation administrative* ».

Dans ce texte, l'allusion à l'atteinte à la propriété privée et à la liberté personnelle et la mention générale des droits acquis, à côté de la mention particulière du contrat, mettaient hors de doute que la responsabilité de l'Etat ne se limiterait pas, comme aurait pu le faire craindre à la rigueur l'imprécision de la formule employée dans la note du 3 décembre 1867, à la protection des droits d'origine contractuelle. Nubar Pacha, non content de maintenir l'offre qu'il avait faite d'étendre cette protection aux indigènes eux-mêmes, se déclarait prêt à recourir pour organiser la défense du droit individuel, et cela simultanément, aux deux procédés que nous avons mis en parallèle dans notre introduction : la responsabilité de la puissance publique et la responsabilité personnelle des fonctionnaires. Il cherchait visiblement à donner sur ce point le maximum de garanties possible.

Mais ces garanties ne paraissaient, sans doute, pas toutes d'égale valeur aux yeux des représentants des puissances européennes ; car le contre-projet établi par le baron de Vesque de Putlingen et proposé comme base de délibération par son collègue de la délégation austro-

hongroise, M. de Schreiner n'était d'accord avec le texte proposé par Nubar Pacha que dans son article 17 qui reproduisait assez fidèlement le contenu des alinéas 3 et 4 de l'article 13 du premier projet préliminaire, mais ne faisait aucune allusion à la responsabilité des fonctionnaires, et ne reprenait, dans la fin de son article 16, la disposition de l'alinéa 2 de l'article 13 du projet de Nubar Pacha qu'en en faisant disparaître la mention relative aux rapports des administrations avec les indigènes (1).

40. Ce furent cependant les grandes lignes du programme de Nubar Pacha qui, en notre matière, prévalurent dans le *second projet préliminaire* dressé par les soins du comité élu par la Commission dans sa séance du 20 décembre 1869. L'article 13 du premier projet y devient l'article 18, en conservant sa division en quatre alinéas dont un seul, l'alinéa 2, a subi une modification destinée à préciser la composition des futurs tribunaux et dit : « Le gouvernement, les administrations et les Daïras du vice-roi et des princes seront justiciables du tribunal composé en majorité d'Européens, *même quand la partie adverse sera un indigène* ». Les trois autres alinéas de l'article 13 primitif sont passés intacts dans l'article 18 et l'article 19 reprend, sans y changer un mot, le contenu de l'article 14 relatif à la responsabilité des fonctionnaires (2).

C'est ce second projet préliminaire, où les dispositions des futurs articles 10 et 11 du *R. O. J.* n'arrivent pas encore à se distinguer nettement l'une de l'autre et continuent à

(1) On trouvera le texte de ce contre-projet dans le recueil précédemment cité des procès-verbaux de la Commission de 1869, séance du 21 décembre 1869.

(2) Même recueil, p. 140-141.

ne faire l'objet que d'un seul article qui a formé la base des délibérations postérieures de la Commission internationale de 1869. Le lecteur se rappelle que cette Commission ne put pas, à raison de l'insuffisante étendue du mandat de quelques-uns de ses membres, suivre Nubar Pacha sur le terrain de l'extension de la compétence des tribunaux de la Réforme aux litiges entre administrations et indigènes, quelle ne dut envisager les mesures de défense du droit individuel contre l'arbitraire administratif offertes par le Gouvernement égyptien qu'au seul point de vue de leur application aux ressortissants et protégés de puissances étrangères. Les débats, ainsi cantonnés semblent d'ailleurs avoir été assez rapides, et la discussion, autant qu'on peut la reconstituer au travers de procès-verbaux officiels, peut-être trop concis, laisse l'impression d'une assez grande confusion de vues.

Le second délégué de l'Italie, M. Giaccone, tout en reconnaissant que les dispositions des alinéas 2 et 4 de l'article 18 (article 13 primitif) constituaient des garanties réellement efficaces pour les intérêts européens, demanda que l'on fit disparaître de l'alinéa 3 le membre de phrase refusant aux futurs tribunaux l'aptitude à statuer sur la propriété du domaine public. L'un des délégués français, M. Piétri, qui ne paraît pas avoir soupçonné la valeur réelle de l'instrument de défense administrative que Nubar Pacha s'offrait à mettre à la disposition des Européens, et s'être rendu compte de l'importance qu'il y avait pour eux à ce que l'existence en fût mentionnée dans la charte même de la Réforme judiciaire, réclama, au contraire, la suppression complète des deux derniers alinéas et proposa de les remplacer, dans l'article 18, par une disposition finale renvoyant au Code civil le soin de statuer sur les

exceptions à la compétence des futurs tribunaux, « fondées sur le domaine public et les actes du pouvoir administratif. » En réponse à ces observations, Nubar Pacha se déclara prêt à retrancher les alinéas en question, tout en déclarant que ses offres de garantie subsistaient toujours. Mais la discussion se concentra surtout sur l'article 19. Quelques commissaires craignaient qu'on pût songer à en conclure que, dans le cas d'abus de pouvoirs d'un fonctionnaire, la responsabilité du Gouvernement dût disparaître derrière la responsabilité personnelle du coupable. Pour les rassurer, sur la proposition du premier délégué français, M. Tricou, la Commission ajouta au texte de cet article les mots « sans que cela dégage la responsabilité du Gouvernement s'il y a lieu » (1).

41. Si les débats de la Commission de 1869 ont été sur ce point quelque peu confus, le rapport officiel établi en son nom présente, en revanche, beaucoup plus de précision. Le passage, qui y est consacré dans son § III à la description de la compétence des futurs tribunaux, met en effet au premier plan les questions de compétence administrative. Il ne sera pas superflu de le reproduire en entier.

« 1° Les nouveaux tribunaux, compétents pour les affaires entre indigènes et étrangers de nationalité différente, statueraient sur les questions réelles et immobilières, sauf celles qui concernent les wakfs dépendant de l'administration des wakfs ;

« 2° Le Gouvernement, les administrations, les Dai-

(1) *Procès-verbaux de la Commission internationale de 1869* (séance du 28 décembre 1869), p. 140-141.

ras du Khédivé et des princes seraient justiciables de ces nouveaux tribunaux;

« 3° Les tribunaux, sans pouvoir statuer sur la propriété du domaine public, ni arrêter l'exécution d'une mesure administrative, pourraient juger toutes les atteintes portées à la propriété individuelle et accorder les indemnités légitimement dues par suite d'un acte d'administration contraire à un droit acquis, ou à un contrat consenti par le Gouvernement ou une administration ;

« 4° Ils pourraient statuer, sans autorisation administrative préalable, sur les poursuites exercées contre un fonctionnaire à raison d'abus commis dans l'exercice de ses fonctions (1). »

(1) BORELLI BEY, *Législation égyptienne annotée*, p. LXXVI. Dans son § 4, consacré à l'examen de l'efficacité des garanties offertes (p. LXXX), le rapport de la Commission revient encore sur le même sujet. Nous y lisons : « 2° Le Gouvernement, comme on l'a vu, se soumet et offre de soumettre à la compétence des nouveaux tribunaux les administrations et les daïras du Khédivé et des princes; il comble ainsi une lacune considérable en même temps qu'il met fin à des réclamations qui, traitées jusqu'ici diplomatiquement, ne trouvaient pas la solution judiciaire qui eût été si désirable, et à une situation qui compromettait aussi bien ses intérêts et sa dignité que les intérêts de ses réclamants.

« Ici, la Commission a cru devoir faire deux modifications aux propositions du Gouvernement.

« 3° Celui-ci, en acceptant que les actes de l'administration pouvaient donner lieu à des indemnités dans certains cas, avait posé comme réserve que le tribunal ne pourrait statuer sur la propriété du domaine public, ni suspendre l'exécution d'une mesure administrative.

« La Commission, tout en reconnaissant le bien fondé de ces réserves, a pensé qu'elles avaient besoin d'être précisées et qu'il convenait de décider que la législation civile déterminerait les règles spéciales en cette matière.

« 4° En second lieu, en acceptant comme mesure utile que les fonctionnaires de l'ordre administratif puissent être poursuivis

Laissons de côté le début et la fin de cette partie des propositions de la Commission. Le 1^o vise les problèmes aujourd'hui tranchés par l'article 9 et par l'article 12 du *R. O. J.* Le 4^o résume le dispositif de l'article 19 du projet de la Commission qui, dans les étapes postérieures de la préparation de la Réforme, a été définitivement abandonné, non pas parce qu'on ne voulait pas d'une responsabilité propre des fonctionnaires, mais parce que, comme l'observait déjà fort justement l'un des délégués français, M. Piétri, pendant les discussions de la Commission de 1869, cette disposition était inutile, le besoin d'un texte formel ne se faisant sentir que pour retirer, et non pas pour conférer, aux particuliers le droit de poursuivre les fonctionnaires devant les tribunaux pour obtenir la réparation et la punition de leurs délits (1). Ces éliminations faites, nous restons en présence du 2^o et du 3^o qui opèrent déjà, entre les matières du contentieux administratif soumises aux nouveaux tribunaux, la répartition bipartite qui forme la base des articles 10 et 11 dans le texte définitif du *R. O. J.*

Mais la notion que mettait ainsi en lumière le rapport de la Commission de 1869 — distinction des litiges admi-

pour abus commis dans l'exercice de leurs fonctions, la Commission n'a pas voulu qu'on pût tirer de cette disposition la conséquence que le Gouvernement serait de plein droit dégagé; — bien entendu, elle n'a pas voulu dire non plus que le Gouvernement serait toujours, et *ipso facto*, responsable de la faute de son fonctionnaire.

« Ce sera le tribunal qui décidera sur la question, le droit de poursuite contre le fonctionnaire public ne dégageant pas la responsabilité de Gouvernement, s'il y a lieu ».

(1) La disposition en question avait, en effet, pour but d'écarter l'application à l'Égypte de la théorie française de la *garantie administrative*, qui est incontestablement une théorie dérogatoire au droit commun de l'égalité des citoyens devant la loi.

nistratifs nés de relations contractuelles et de ceux qui naissent d'actes administratifs proprement dits — a été s'obscurcissant dans les documents qui, dans l'ordre de succession historique des travaux préparatoires de la Réforme, suivent immédiatement ce rapport.

42. Le projet de règlement d'organisation judiciaire arrêté en avril 1870 par Nubar Pacha, après entente avec le grand vizir, consacrait à notre question ses articles 3 et 4 qui portaient :

« Art. 3. — Les gouvernements, les administrations, les Daïras de Son Altesse le Khédivé et des membres de sa famille seront justiciables de ces tribunaux dans les procès avec les sujets étrangers.

« Art. 4. — Les tribunaux, sans pouvoir statuer sur la propriété du domaine public, ni interpréter ou arrêter l'exécution d'une mesure administrative, pourront juger, dans les cas prévus par le Code civil, les atteintes portées à un droit acquis à un étranger par un acte d'administration.

« *Ils connaîtront aussi des contrats passés entre l'administration et les étrangers* » (1).

L'opposition entre les contrats et les actes d'administration proprement dits n'est sans doute pas entièrement disparue dans le projet d'avril 1870, mais elle y est toutefois gravement atténuée par la disposition finale de l'article 4, relative aux contrats, qui rompt l'équilibre entre les deux articles et aboutit à ce résultat que l'un et l'autre paraissent, au moins en la forme, traiter les mêmes matières.

(1) *Documents diplomatiques. Livre jaune de janvier 1875*, p. 3 et 4.

Le projet de *R. O. J.* sorti le mois suivant des pour-parlers entre Nubar Pacha et le ministre Emile Ollivier, et connu sous le nom de *projet français* de mai 1870, ne s'écartait pas sur ce point du programme tracé par l'homme d'Etat égyptien (1). Mais il changeait la place assignée à notre disposition et fusionnait en un unique article 9 les prescriptions que le projet égyptien d'avril 1870 avait réparties entre ses articles 3 et 4 (2), ce qui risquait de fortifier l'impression — déjà créée dans le projet égyptien par la disposition finale de l'article 4 — de la

(1) Il représente, à ce point de vue, un progrès très sensible du Gouvernement français dans la voie de l'accord avec le Gouvernement égyptien, par rapport aux conclusions vraiment léonines de la seconde Commission française de 1870. Dans son rapport au Ministre des Affaires étrangères, cette dernière écrivait en effet :

« Conformément à l'offre qui a été faite par le Gouvernement égyptien, offre qui a obtenu l'agrément de la Commission du Caire, les administrations publiques, les Daïras du Khédive et des princes seraient justiciables des nouveaux tribunaux.

Cette compétence, toutefois, serait bornée aux actions *qui ressortissent du contentieux judiciaire et administratif*; elle ne saurait entraîner le pouvoir d'arrêter l'exécution d'une mesure administrative, mais elle donnerait à ces tribunaux attribution sur toutes les atteintes portées à la propriété et pour accorder les indemnités dues par suite d'un acte d'administration qui léserait *des droits privés résultant de la loi ou d'un contrat*.

D'un autre côté, *l'action des gouvernements étrangers ou de leurs agences et consulats leur serait formellement réservée* pour obtenir la cessation ou la réparation d'actes contraires au droit des gens dont leurs nationaux auraient à souffrir de la part du Gouvernement ou de ses agents ».

La Commission française de 1870 proposait donc d'accepter les garanties offertes par le Gouvernement égyptien, mais sans accorder en échange les concessions dont elles étaient destinées dans la pensée de Nubar Pacha à faciliter l'obtention.

(2) Voir le texte de l'article 9 du projet français dans le recueil ci-dessus cité, page 8. Il n'est qu'une reproduction à peu près littérale des articles 3 et 4 du projet égyptien.

confusion, dans la soumission à un même régime, des litiges qui se lient à des contrats administratifs et de ceux que suscitent les actes d'autorité de la puissance publique.

43. Les articles 10 et 11 n'ont trouvé leur place et pris leur physionomie définitive que dans le projet de R. O. J. dressé par Nubar Pacha, après l'achèvement des travaux de la Commission internationale de Constantinople en 1873, pour fondre en un seul corps la partie civile du règlement, qui avait déjà été acceptée antérieurement par les puissances et la partie complémentaire d'ordre pénal, que la dite Commission y avait ajoutée (1). Dans la lettre qu'il adressait à la date du 24 février 1873 à l'Ambassadeur de France à Constantinople, Nubar Pacha expliquait ainsi l'origine des modifications qu'il avait cru devoir apporter à la partie ancienne du règlement d'organisation judiciaire, devenue désormais le titre I : « ... Les modifications ne portent pas la moindre altération aux stipulations du projet;... à vrai dire elles ne constituent que les conséquences nécessaires et le complément de ces stipulations. Elles rendent les garanties que le Gouvernement de Son Altesse désire accorder à tous les justiciables plus complètes et plus sûres et quelques-unes ont été introduites... dans le but de donner à la Réforme et à ses conséquences sur le développement du commerce et de l'industrie toute l'étendue nécessaire... » (2).

(1) Ce projet se trouve dans les *Documents diplomatiques, Livre Jaune de janvier 1875*, p. 134-146, où il est reproduit comme troisième annexe à la dépêche du 5 mars 1873.

(2) *Documents diplomatiques*. Janvier 1875, p. 37. Notons d'ailleurs que les modifications apportées par le projet de R. O. J. de 1873 au projet français de 1870 n'ont soulevé de difficultés sérieuses qu'en ce qui concerne l'article 9 où avait été omise la réserve

44. Il semble bien, en effet, que ce soit sous l'influence de l'esprit de libéralisme clairvoyant qui s'affirme dans cette lettre — et qu'explique d'ailleurs suffisamment, au point de vue psychologique, le désir de mettre fin à l'emploi de la voie diplomatique pour régler des différends d'ordre judiciaire — qu'ait été réalisée la substitution des articles 10 et 11 actuels à l'article 9 du projet français. En faisant disparaître de l'article 11 la disposition relative aux contrats passés entre les administrations et les étrangers, qui formait l'alinéa final de l'article 4 du projet égyptien et de l'article 9 du projet français, et dont le voisinage risquait de fournir prétexte à l'interprétation pour mettre en doute que la disposition immédiatement précédente fût réellement spéciale aux litiges soulevés par l'exercice des prérogatives administratives; en consacrant des textes distincts à la

●expresse faite par le projet français pour le statut personnel; (voir les dépêches du Ministère des Affaires étrangères à l'Ambassadeur de France à Constantinople du 2 mars 1873, du 5 mars 1873, du 18 mars 1873 et du 27 mars 1873, dans *Documents diplomatiques*. Janvier 1875, p. 147 à 160), et si le projet de 1873 a donné lieu à de longs et difficiles pourparlers entre les Gouvernements français et égyptien, c'est surtout à raison de sa partie pénale et, en particulier, de la disposition du dernier alinéa de l'article 8, titre II, attribuant compétence aux nouveaux tribunaux pour connaître des faillites et de certains délits s'y rattachant. Tel est l'objet principal de la correspondance diplomatique rassemblée dans les pages 147 à 235 du *Livre Jaune* de janvier 1875. La modification réalisée par Nubar Pacha en ce qui concerne nos articles 10 et 11 est passée inaperçue pendant cette partie des négociations. Il n'y est fait allusion ni dans l'exposé présenté à la troisième Commission française de 1874 pour la Réforme judiciaire en Egypte (*Livre jaune de janvier 1875*, p. 184-190), ni dans le rapport de cette Commission (*l. c.*, p. 191-199). Elle émane donc bien de la libre initiative de Nubar Pacha. Ce n'est qu'au cours de l'année 1875 que le Gouvernement français a commencé à se préoccuper de l'interprétation possible de l'article 11 et à soulever, en ce qui le concerne, les difficultés que nous retrouverons plus loin.

réglementation, d'une part, des rapports de droit commun entre administrations et particuliers et, de l'autre, des relations créées par l'accomplissement des actes de puissance publique, le projet définitif de 1873 paraît bien avoir voulu marquer, plus énergiquement encore que ne le faisait le rapport de la Commission internationale de 1869, qu'il existe deux branches distinctes dans le contentieux administratif déféré à la connaissance des tribunaux mixtes, l'une laissée sous l'empire du droit commun et qui embrasse toutes les contestations que soulève l'exécution des contrats passés avec les administrations, l'autre, soumise à un régime d'exception, qui se limite au contentieux des actes administratifs, proprement dits, c'est à-dire de ceux qui impliquent l'exercice de l'autorité publique (1).

(1) Telle est incontestablement la solution admise par la jurisprudence des tribunaux mixtes, comme on pourra s'en assurer en se reportant notamment aux arrêts de la Cour d'Appel d'Alexandrie des 13 avril 1892 (*B. L. J.*, IV, 273); — 5 janvier 1897 (*B. L. J.*, IX, 94); — 21 février 1901 (*B. L. J.*, XIII, 169); — 9 mai 1901 (*B. L. J.*, XIII, 294); — 14 mai 1908 (*B. L. J.*, XX, 230); — 15 avril 1909 (*B. L. J.*, XXI, 310); — 31 mars 1910 (*B. L. J.*, XXII, 238); — 20 avril 1911 (*B. L. J.*, XXXIII, 279). Il ne semble pas d'ailleurs que cette distinction entre le simple acte de gestion, laissé sous le droit commun de l'article 10, et le véritable acte d'autorité, régi par l'article 11, ait jamais été sérieusement contestée dans la doctrine. Elle est définie en termes particulièrement heureux par M. BLANCHARD, *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien*, dans la *Revue générale de droit international public*, XX, 1913, p. 438 et 439, qui s'exprime ainsi : « Nous arrivons à distinguer, dans les rapports du Gouvernement égyptien avec les juridictions de la Réforme, trois catégories d'actes ayant droit à un traitement différent :

1^o Les actes de souveraineté.....;

2^o Les actes d'administration, qui forment un degré inférieur aux actes de souveraineté; ils ont une importance moindre et ne mettent pas en jeu les intérêts vitaux de l'Etat. Mais, avec cette différence d'importance, actes de souveraineté et actes d'adminis-

Il nous semble donc résulter, de l'analyse que nous venons de faire des travaux préparatoires, que les articles 10 et 11 du *R. O. J.*, ont chacun leur sphère de domination; qu'ils constituent, non pas des dispositions complémentaires l'une de l'autre, mais des dispositions concurrentes. Et ce sont là des inductions que nous verrons se fortifier de plus en plus à mesure que nous pénétrerons plus intimement dans l'étude des parties essentielles de notre sujet.

Nous sommes maintenant renseignés sur les antécédents et les relations de l'article 11. Nous pouvons en aborder utilement l'étude interne.

tration sont des actes d'autorité, c'est-à-dire des actes par lesquels les représentants de la puissance publique formulent une injonction ou une défense s'adressant à leurs administrés. Pour de telles mesures, les tribunaux mixtes ne peuvent ni les interpréter, ni en arrêter l'exécution; mais, si elles portent atteinte à un droit acquis d'un étranger, ils peuvent condamner le Gouvernement à indemniser celui-ci...;

3^o Enfin, *les actes de gestion, par opposition aux actes d'autorité*. Ces actes comprennent les mesures que les administrateurs accomplissent en leur qualité de représentants des services publics ou du domaine privé de l'Etat. Tel sera le cas d'un marché de fournitures passé pour le compte du Gouvernement. Ce genre d'actes ne nous intéresse pas; pour eux, le Gouvernement n'est qu'un plaideur ordinaire, relevant, du moment qu'il a traité avec un étranger, des tribunaux de la Réforme, comme un particulier quelconque. »

CHAPITRE IV

L'Objet et le Programme de l'Article 11

45. Les développements présentés dans le cours des chapitres précédents montrent assez que le texte qui forme le siège de la théorie de la responsabilité de la puissance publique dans le droit égyptien mixte constitue avant tout une disposition de procédure. Car le document législatif, dont il fait partie, n'a pas pour objet de régler le fond même des institutions du droit privé — c'est la tâche particulière des codes — mais de fixer les bases essentielles de l'organisation judiciaire donnée à l'Egypte en 1875. En outre, l'article 11 s'encadre au milieu de textes qui visent tous des questions de compétence judiciaire. Il poursuit visiblement le même but général qu'eux.

Il ressort de là que le législateur de 1875 n'a pas abordé de front l'étude de la théorie de la responsabilité de l'Etat; qu'il ne l'a envisagée que par le point de vue spécial des moyens donnés aux particuliers pour faire valoir cette responsabilité quand elle existe. Il a laissé de côté l'examen du fond du droit et ne s'est préoccupé que de l'organisation de l'action. Fidèle à l'idée directrice qui l'a guidé dans la répartition de ses matériaux législatifs entre le texte constitutionnel du *R. O. J.* et les dispositions de législation courante des codes, il a pensé que, dans le domaine d'action juridique, si délicat et si difficile, qu'est l'organisation de la défense judiciaire des droits des

particuliers contre les empiétements des administrations, les plus belles formules et les déclarations de principe les plus libérales risquent fort de demeurer lettre morte, si le soin de les mettre en œuvre est abandonné à des juges que leur situation économique ou fonctionnariale oblige à se faire les agents dociles de l'administration et à se résigner parfois à rendre des services au lieu de rendre des arrêts, alors que, réciproquement, les textes les plus modestes et les plus laconiques peuvent donner naissance aux mesures les plus complètes et les plus efficaces de protection du droit individuel, pour peu qu'ils soient interprétés par une magistrature offrant toute garantie d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics. Il a estimé — et l'expérience a montré qu'il avait été en cela fort bien inspiré — que, pour assurer le fonctionnement effectif et satisfaisant de la responsabilité de l'Etat, il suffirait :

- 1° de proclamer, dans le *R. O. J.*, que la mission de faire respecter et d'appliquer cette responsabilité, dans les rapports avec les étrangers, incomberait aux tribunaux de la Réforme;
- 2° d'indiquer à ces tribunaux jusqu'à quel point, et dans quelle mesure, il leur serait loisible, pour s'acquitter de cette tâche, d'entrer dans la connaissance et l'appréciation des actes administratifs; et que, ces précautions une fois prises, il n'y avait plus d'inconvénients à s'en rapporter à la sagesse et à l'expérience de la nouvelle magistrature pour solutionner, dans un esprit conforme à la ligne générale de conduite tracée par l'article 11 du *R. O. J.*, les divers problèmes que soulève la réglementation de la responsabilité de l'Etat — problèmes qui ne présentent qu'une importance secondaire par comparaison avec la question primordiale de la compétence judiciaire.

Cette constatation initiale nous dicte l'ordre naturel de présentation des matières qui doivent former le thème de nos commentaires analytiques de l'article 11. Avant de nous engager dans l'étude des questions plus délicates de fond, il importe que nous définissions tout d'abord aussi nettement que possible la portée réelle, non seulement de la règle de compétence juridictionnelle expressément formulée dans l'article 11, mais aussi de la règle de compétence législative qui en découle comme une conséquence inéluctable. C'est seulement après avoir pénétré la signification intime des prescriptions procédurales de l'article 11 que nous pourrons dégager, dans un troisième livre, les directions que ce même article fournit aux tribunaux mixtes pour la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat et rechercher en même temps comment les instructions sommaires du législateur ont été comprises et suivies par la jurisprudence. Après avoir ainsi décrit le mécanisme général de la responsabilité de l'Etat, tel qu'il ressort du dispositif primitif de l'article 11 et des développements que ce dispositif a reçus par le travail de la jurisprudence entre 1876 et 1900, il ne nous restera plus qu'à analyser, dans un quatrième et dernier livre, les retouches qui ont été apportées au texte de l'article 11 par le décret khédivial du 26 mars 1900 et à rechercher si, et dans quelle mesure, elles ont entraîné des modifications dans le fonctionnement du mécanisme primitif.

LIVRE II

**La Compétence Juridictionnelle
et la
Compétence Législative
en Matière
de Réclamations Judiciaires
contre les Actes
des Administrations Publiques**

LIVRE II

La Compétence Juridictionnelle et la Compétence Législative en matière de Réclamations Judi- ciaires contre les Actes des Administrations publiques.

46. BIBLIOGRAPHIE. — PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *Le régime des capitulations dans l'empire ottoman*, II, p. 465; *Procès-verbaux de la Commission internationale instituée pour l'examen des propositions du Gouvernement égyptien tendant à réformer l'administration en Egypte*. Alexandrie, Mourès et C^{ie} (séance du 28 octobre 1889). — LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative* (2^{me} édition), I, p. 5 et suiv. — VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, dans ORLANDO, *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*. Milan, 1901, III, p. 223-336. — JACQUELIN, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, thèse, Paris, 1891, et *Principes dominants du droit administratif*, 1899, p. 32 et suiv. — DUGUIT, *Droit constitutionnel*. Paris, 1911, I, p. 346 et suiv., et *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789*. Paris, 1894. — JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, 2^e édition, 1914, *passim*, et *Revue du droit public*, XXIX, 1912, p. 146 et suiv. ; XXX,

1913, p. 445 et suiv. — DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, traduction Batut et Jèze, chapitre XII, et note IX. — GOODNOW, *Les principes du droit administratif des Etats-Unis*, traduction Jèze, p. 26 et suiv., p. 427 et suiv. — BRICE, *La République américaine*, édition de la Bibliothèque internationale de droit public, 1902, I, p. 26 et suiv. — FREUND, *Private Claims against the State*, dans *Political Science Quarterly*, VIII, p. 635 et suiv. — OTTO MAYER, *Droit administratif allemand*, édition de la Bibliothèque internationale de droit public, I, p. 84 et suiv., IV, p. 366 et suiv. — JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, traduction de la Bibliothèque internationale de droit public, 1913, II, p. 312 et suiv., et *Gesetz und Verordnung*, p. 213 et suiv. — GNEIST, *Rechtsstaat*, p. 263 et suiv. — BAEHR, *Rechtsstaat*, p. 52 et suiv. — ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, 1909, p. 246. — DARESTE, *La justice administrative en France*, Paris, 1862. — DUBOIS, *Le contentieux administratif en Italie depuis la loi du 20 mars 1865*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, II, 1872-1873, p. 211-260, et les discussions provoquées par cette communication dans le même recueil, II, 1872-1873, p. 275 et suiv. — Rapports parlementaires de MM. LEFÈVRE-PONTALIS, *Journal officiel*, annexe à la séance du 14 juin 1872, n° 1217 des impressions de l'Assemblée nationale, et DE MARCÈRE, *Journal officiel*, séance du 3 décembre 1872, annexe 1455. — ARTUR, *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions*, extrait de la Revue de droit public, 1900-1903. — HAURIOU, *Droit administratif*, 8^{me} édition, *passim*, et *Droit public*, 1910, p. 447 et suiv. — BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^{me} édition, p. 920 et suiv. — FUZIER-HERMANN, *La séparation des pouvoirs*, 1880, p. 442 et suiv. — AUCOC, *Conférences sur le droit administratif*, Paris, 1869, I, p. 331 et suiv. — PICOT, *La Réforme judiciaire en France*, 1881, p. 222 et suiv. — ODILON-BARROT, *De l'organisation judiciaire en France*, 1872, p. 87 et suiv., et les articles d'auteurs divers dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, I,

1872, p. 301-331; II, 1873, p. 65-91; *Revue pratique*, XXIII, 1872, p. 352-412; XXV, 1873, p. 433-475, et *France judiciaire*, I, 1877, p. 25-33 et 88-95.

Pour l'une comme pour l'autre de ces deux sortes de compétence, les principes sont en eux-mêmes des plus clairs. Les articles 9 à 11 du *R. O. J.* attribuent — nous venons de le voir — la compétence juridictionnelle aux tribunaux mixtes. Et, dans un pays comme le nôtre, sur le territoire duquel fonctionnent côte à côte un assez grand nombre de juridictions distinctes, dont chacune se gouverne d'après des principes juridiques qui lui sont propres, sans avoir à se préoccuper de la jurisprudence de ses voisines, la solution donnée à la question de compétence juridictionnelle tranche nécessairement du même coup la question de compétence législative. En réservant aux tribunaux mixtes le monopole de l'examen des litiges entre étrangers et administrations publiques, les législateurs de la Réforme ont par là même assigné compétence exclusive, pour régler ces difficultés, à la seule législation que connaissent et appliquent ces tribunaux, à ce droit mixte d'origine internationale et d'importation européenne dont le *R. O. J.* et ses six annexes, les codes mixtes, ne réglementent que quelques-unes des grandes lignes et qui, pour le reste, s'alimente d'emprunts faits à la législation française ou au droit commun occidental.

Mais si l'existence même de ces deux principes de compétence ne peut pas laisser place à contestation, il n'en est plus de même en ce qui concerne, soit l'explication rationnelle des principes, soit la détermination de

leur façon d'opérer. Nous voyons alors surgir des controverses qui n'ont malheureusement pas un caractère exclusivement théorique et qui aboutissent à des conséquences pratiques trop importantes pour qu'il nous soit possible de les laisser de côté, ou même de glisser rapidement sur elles.

47. C'est ici que nous allons commencer, à notre grand regret, à nous séparer de M. Pélissié du Rausas, avec qui nous avons eu la bonne fortune de nous trouver d'ordinaire d'accord tant qu'il ne s'agissait que d'envisager l'article 11 par le dehors, dans ses relations avec les autres éléments de la Réforme judiciaire. Puisque nous nous proposons de combattre ses conclusions, c'est pour nous un devoir de probité scientifique de le laisser développer lui-même sa pensée que nous risquerions de dénaturer ou d'affaiblir en la résumant ou en la commentant. Nous nous contenterons de découper, dans la partie de son livre où la question est traitée, les passages les plus caractéristiques.

Après avoir reproduit le texte ancien et le texte actuel de l'article 11, M. Pélissié du Rausas aborde immédiatement l'examen de la portée et de la signification de cet article. Pour en pénétrer le sens, dit-il, il faut remonter aux origines de cette disposition et rechercher quelles ont été les intentions de ceux qui l'ont écrite. « Ces intentions ne sont pas douteuses. Des travaux préparatoires du règlement d'organisation judiciaire, et notamment du rapport de la Commission française de 1867 et des procès-verbaux des séances de la Commission internationale réunie au Caire en 1869, il ressort avec la dernière évidence que *l'une des plus grandes préoccupations des*

auteurs de la Réforme a été d'établir une séparation absolue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif » (1).

Quels sont exactement les passages des travaux préparatoires où s'affirmerait ainsi, chez les auteurs de la législation de 1875, la volonté de placer à la base du nouveau régime le principe de la séparation des pouvoirs ? L'auteur se garde bien de nous le dire, et pour cause : Quelle est au juste la notion qu'il entend viser par là ? S'agit-il du grand principe de la séparation des trois pouvoirs dont les germes, empruntés à Montesquieu, ont été développés par les législateurs de 1789 et qui demeure cher à la majorité des constitutionnalistes français ? Ou n'est-il question que de la théorie plus modeste, particulièrement familière en France aux théoriciens du droit administratif, de la séparation des autorités administrative et judiciaire ? Ce n'est pas très clair. Il semble bien toutefois que M. Pélassié du Rausas se réfère au célèbre dogme du droit constitutionnel français, sans le distinguer d'ailleurs bien nettement de la doctrine administrative de la séparation des autorités.

Mais il ressort, tout au moins, de ce début des développements de M. Pélassié du Rausas sur l'article 11, qu'il se représente le droit égyptien mixte comme dominé par un principe de séparation des pouvoirs dont la réalisation aurait été la préoccupation dominante, ou l'une des préoccupations dominantes des réformateurs de 1875.

Ce point de départ posé, l'auteur poursuit : « Il ne suffisait pas aux auteurs de la Réforme judiciaire d'établir une *séparation radicale et absolue entre le pouvoir judi-*

(1) *Le régime des capitulations dans l'empire ottoman*, II, p. 465.

ciaire et le pouvoir administratif. Cette séparation ne pouvait constituer pour les justiciables étrangers qu'une garantie négative n'ayant d'autre effet que de *ne pas obliger l'autorité judiciaire à prêter son concours à l'exécution des mesures administratives.* Il fallait aux étrangers une protection plus efficace contre les entreprises possibles de l'autorité administrative, et cela était d'autant plus nécessaire que, en *vertu du principe même de la séparation des pouvoirs*, l'autorité judiciaire n'avait pas qualité pour arrêter l'exécution des mesures administratives prises contre les étrangers.

« Afin de donner aux étrangers cette suprême garantie, *sans toutefois porter atteinte au principe de la séparation absolue des pouvoirs*, les auteurs de la Réforme judiciaire ont été amenés à *transformer en rapports de droit privé tous les rapports de l'Etat égyptien avec les étrangers* ou, si mieux on aime, à considérer du seul point de vue du droit privé et, plus exactement, du seul point de vue du droit civil, tous les rapports de l'Etat égyptien avec les étrangers, *de quelque nature que soient ces rapports* » (1). A l'appui de cette affirmation, l'éminent directeur de l'Ecole française de droit invoque le lien — que nous avons déjà signalé — qui rattache l'article 11 à l'article 10. « Dans cette disposition (l'article 10) *le Gouvernement égyptien est considéré comme une personne civile ordinaire, agissant dans la sphère des intérêts privés...* et l'article 11 applique au Gouvernement égyptien, même lorsqu'il agit en tant que pouvoir administratif, la règle que l'article 10 applique au Gouvernement égyptien considéré comme personne civile ordinaire : il le soumet à

(1) *L. c.*, II, p. 466.

la juridiction civile des tribunaux mixtes, *témoignant ainsi que, dans la pensée des auteurs de la Réforme judiciaire, la qualité en laquelle agit le Gouvernement égyptien ne peut pas changer la nature juridique de ses rapports avec les étrangers* » (1).

Et, ayant ainsi essayé d'expliquer l'origine et le mécanisme de la règle précitée de compétence juridictionnelle, M. Pélassié du Rausas cherche à définir la portée de la règle de compétence législative qui en découle : « Du moment qu'on les considérait uniquement du point de vue du droit privé, *les rapports d'ordre administratif entre l'Etat égyptien et les étrangers ne pouvaient être régis que par les règles ordinaires applicables en matière civile, règles des contrats et règles des délits*, ou plus exactement règles des quasi-délits; règles des contrats dans l'hypothèse où l'action administrative de l'Etat porterait atteinte à une situation contractuellement acquise aux étrangers, règles des quasi-délits dans l'hypothèse où l'action administrative de l'Etat porterait atteinte à une situation garantie aux étrangers par la loi » (2).

48. M. Pélassié du Rausas nous semble avoir interprété l'article 11 avec une mentalité trop exclusivement française; nous ajouterons même, avec la mentalité d'un juriste français, d'esprit résolument conservateur, qui est resté invariablement attaché aux conceptions qui dominaient chez lui la science du droit administratif au temps de sa jeunesse et a laissé passer, sans en subir l'influence, le mouvement des idées nouvelles mises depuis lors en

(1) *L. c.*, II, p. 467.

(2) *L. c.*, II, p. 467.

circulation par l'activité jurisprudentielle du Conseil d'Etat. Acceptant comme une vérité d'évidence la notion, si vivement discutée aujourd'hui dans la doctrine, de la double personnalité de l'Etat, et prêtant au dogme de la séparation des pouvoirs une rigidité d'allures impossible à concilier même avec les données positives du droit constitutionnel français (1), il considère comme allant de

(1) Le rôle historique qu'a joué en France la théorie de la séparation des pouvoirs n'a pas empêché, en effet, que le législateur ne confie à la juridiction civile le jugement d'une partie du contentieux de l'impôt, quoique l'établissement et la perception de l'impôt constituent incontestablement l'une des manifestations les plus caractéristiques du pouvoir de commandement de l'Etat (Cf. RIBOT, Préface à l'édition française de l'introduction à l'étude du droit constitutionnel de Dicey, p. XVI). Ceux des auteurs français qui voient dans la séparation des pouvoirs une séparation des fonctions plutôt qu'une séparation des organes, sont amenés, soit avec M. ARTUR, *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions* (Extrait de la *Revue de droit public*, 1900-1903), p. 237, note I, à admettre que ce n'est pas l'application logique de cette notion qui a produit la justice administrative française, et que, tout au contraire, le développement de cette espèce particulière de justice a provoqué en France une déviation, dans la pratique, du principe de la séparation des pouvoirs; soit avec M. MICHOD, *Théorie de la personnalité morale*, I, p. 281-283, à considérer ce principe comme se conciliant avec le maintien d'une assez large coopération entre les divers organes de la puissance publique. M. JACQUELIN, *Les principes dominants du droit administratif*, 1899, p. 32 et suiv., n'hésite pas à dire que le système français de justice administrative est autre chose que la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, qu'il en est même l'opposé; et M. HAURIOU, *Droit administratif*, p. 28, voit dans la séparation des juridictions administrative et civile, non pas une conséquence générale et nécessaire de la séparation des pouvoirs, mais une particularité de l'application française de ce principe. Cf. encore HAURIOU, *Droit public*, 1910, p. 447. — Si M. DUGUIT, *Droit constitutionnel*, I, p. 346-356, et *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789*, Paris, 1894, p. 70 et suiv., proclame, en apportant de très forts arguments en ce sens, que, dans la pensée de l'Assemblée Nationale de 1789, le pouvoir judiciaire limitait son action aux rapports des particuliers entre eux et la séparation des pouvoirs

soi que, si l'Etat personne privée peut être soumis, comme les autres particuliers, à la juridiction de tribunaux de l'ordre judiciaire, il n'en saurait être de même de l'Etat personne publique; parce que le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que l'autorité judiciaire puisse apprécier ou contrôler les actes accomplis par le pouvoir exécutif. Transformant des particularités du droit français qui s'expliquent par les accidents de son évolution historique (1) en des lois permanentes de l'organisation sociale, s'imposant à tous les temps et à tous les lieux, il suppose admis, comme postulat fondamental de toute constitution sociale policée, que l'Etat personne publique quand il tolère que ses sujets formulent des réclamations contre ses actes d'autorité, ne peut pas, sans renoncer aux prérogatives essentielles de sa dignité, consentir à laisser juger ces réclamations par les tribunaux ordinaires et d'après la législation de droit commun. Les idées que son éducation juridique française lui a rendues familières : la distinction de la juridiction administrative et de la

impliquait que la solution des affaires, même contentieuses, nées de l'application des lois politiques ou administratives, et non des lois civiles, dût être abandonnée au pouvoir administratif, il n'attache, en revanche, à ce principe, qu'une valeur purement historique. En tout cas, la conclusion que tire M. Pélissié du Rausas du dogme de la séparation des pouvoirs est loin d'être considérée présentement dans la doctrine française comme s'imposant avec le caractère d'évidence qu'il lui attribue, et M. Duguit a pu écrire, dans son savant manuel de *Droit Constitutionnel*, I, p. 358-359. « C'est une question classique à l'école de savoir s'il y a actuellement un pouvoir judiciaire ou seulement une autorité judiciaire et si le *contentieux administratif* est conforme ou contraire au principe de la séparation des pouvoirs. »

(1) Sur ces accidents historiques, voir surtout le livre précité de DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789*, § § XIV et XV.

juridiction civile, d'une part, et d'autre part, l'établissement de cloisons étanches entre le droit public et le droit privé lui apparaissent comme des conditions essentielles de la nature même des choses.

49. Il n'est pas surprenant, qu'avec un pareil point de départ, M. Péliissié du Rausas éprouve quelque difficulté à justifier doctrinalement la disposition de l'article 11. Cet article semble bien affirmer, et d'une façon très ferme, que l'Etat égyptien est placé sous la domination de la loi et de la juridiction communes, non seulement quand il cantonne son activité dans la sphère d'initiative ouverte à tous, aux particuliers aussi bien qu'à lui, mais aussi quand il se prévaut des prérogatives de l'autorité sociale. Faut-il donc croire que la personnalité publique de l'Etat égyptien soit soumise au même régime de contrôle judiciaire et de limitation par la loi que sa personnalité privée ? Non. Car, aux yeux de M. Péliissié du Rausas, ce serait une véritable absurdité juridique (1). Et pareil phénomène est

(1) Il faut croire que l'affirmation derrière laquelle se retranche M. Péliissié du Rausas a besoin de démonstration. Car, au cours des longues controverses soulevées par l'élaboration, puis par la mise en œuvre des articles 31 et 89 § 1 du Code civil allemand (indication de la littérature dans les fascicules publiés depuis 1900 par MAASS, *Bibliographie des buergerlichen Rechts*, sous les articles précités), les défenseurs les plus convaincus du principe de l'irresponsabilité de la puissance publique ont senti le besoin de l'étayer sur une justification moins sommaire — tels, par exemple, les arguments tirés de l'inconciliabilité de la soumission de la puissance publique au droit avec le rôle de l'Etat comme porteur de l'organisation juridique. Si l'article 89 § 1 du Code civil allemand n'a réglementé que la responsabilité de l'Etat envisagé en tant que *fisc* et dans ses relations de droit privé, ce n'est pas que ses rédacteurs aient pensé que l'Etat dût nécessairement et toujours échapper à la responsabilité des actes commis par ses représentants et organes dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, mais parce qu'ils ont constaté — les motifs de la pre-

rendu inconcevable par le principe intangible de la séparation des pouvoirs. Il faut donc rejeter, sans hésitation, cette signification apparente et cette interprétation littérale de l'article 11 et trouver une explication de ses dispositions qu'il soit possible de concilier avec le respect dû au dogme vénérable de la séparation des pouvoirs. On en chercherait vainement une qui remplisse ces conditions en dehors de la suivante :

mière Commission ont pris soin de le dire — que cette seconde sorte de responsabilité rentre dans le cadre exclusif du droit public et doit, à ce titre, être laissée à la libre réglementation des législations d'Etats, comme le prévoit d'ailleurs formellement l'article 77 de la loi d'introduction d'Empire. Même dans un milieu aussi résolument monarchiste et étatiste que l'est l'Allemagne, l'irresponsabilité de la puissance publique apparaît si peu comme une règle infrangible de droit naturel que l'on constate que de nombreuses et importantes brèches lui sont apportées par les législations existantes, comme le § 75 de l'introduction du *Landrecht* général prussien et la loi hambourgeoise du 11 août 1859 : (OTTO MAYER, *Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht*, dans *Neue Zeit-und Streitfragen*, fascicule 8, Dresde, 1904, p. 5). Ceux-là même des auteurs qui affirment, sur le terrain du droit positif allemand ou autrichien, que l'Etat puissance publique échappe à toute responsabilité, tant qu'il n'en est pas disposé autrement par un texte de loi formel — et ils sont en grande majorité (Voir cependant GIERKE, *Genossenschafts-theorie*, p. 801, et la brochure précitée d'OTTO MAYER) — reconnaissent généralement que la question peut et doit être discutée sur le terrain de la *lex ferenda*. Cf. : HANS Kelsen, *Ueber Staatsunrecht*, dans Gruenhut's *Zeitschrift fuer Privat-und Oeffentliche Recht*, XL, 1913, p. 107 et 108. — RUZICKA, *Die Entschädigungsklage wegen uebler obrigkeitlicher Verwaltung*, Vienne, 1913, *passim*. — JELLINEK, *System der subjectiven oeffentlichen Rechte*, 2^{me} édition, p. 241 et suiv. — DOCK, *Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten*, dans *Archiv fuer oeffentliches Recht*, XVI, p. 247 et suiv. Une vérité qui n'arrive pas à percer toute seule, sans le secours de l'argumentation juridique et philosophique, même dans les pays les mieux préparés, par leur constitution sociale, à la recevoir, pourrait bien, à l'épreuve, ne pas justifier les qualités de certitude et de clarté que lui prête M. Péliissié du Rausas.

La soumission de l'Etat, personne publique, à la juridiction et à la législation de droit commun est juridiquement impossible. Seule, la personne privée de l'Etat, peut être placée sous ce régime. Or, il résulte de l'article 11 que l'Etat égyptien est, dans tous les cas, et sans aucune réserve — en dehors de celle qui concerne la défense d'interpréter ou d'arrêter l'exécution des actes administratifs —, assujetti à la compétence des tribunaux de la Réforme et, par voie de conséquence, à l'application des règles de la législation mixte. C'est donc la preuve que le législateur de 1875 a entendu dépouiller l'Etat égyptien, dans ses relations avec les ressortissants et protégés de puissances étrangères, de l'une de ses deux personnalités naturelles, de celle qui le différencie de ses sujets ; qu'il a voulu, dans l'intérêt des Européens, le déboulonner de son piédestal de puissance publique et le ramener à la situation commune des particuliers. De sorte que, par l'effet de la Réforme judiciaire, l'Etat égyptien qui, vis-à-vis de ses sujets *non protégés*, peut se présenter en maître aussi bien qu'en co-contractant et établir avec eux des rapports d'autorité aussi bien que des rapports de commerce, ne peut plus, au contraire, traiter avec des ressortissants et protégés de puissances étrangères que sur le pied de la plus stricte égalité et sans être jamais admis à se prévaloir de ses pouvoirs de commandement. Si l'Etat égyptien est déclaré justiciable des tribunaux judiciaires dans ses relations avec les Européens, même à raison d'actes qui, vis-à-vis de ses sujets, apparaîtraient comme des actes d'autorité, c'est parce qu'il se présente, au regard des Européens, comme un simple particulier, ne jouissant ni d'une liberté d'action ni d'une somme de facultés juridiques supérieures à celles des simples citoyens. Pour expliquer

que le Gouvernement égyptien ait pu consentir à ce que les litiges soulevés par ses actes d'administration ne soient pas réservés à la connaissance de tribunaux d'exception et ne soient pas jugés d'après les préceptes spéciaux d'un droit administratif, il faut nécessairement supposer qu'il s'est dépouillé de sa souveraineté et de sa qualité d'autorité publique dans l'intérêt des étrangers et dans la mesure où ceux-ci sont intéressés à se prévaloir de ce sacrifice (1).

50. Cette argumentation n'est pas seulement condamnée par les résultats, inconciliables avec les besoins les plus élémentaires d'une société organisée, auxquels elle aboutit. Elle repose sur des prémisses manifestement erronées. Il n'est pas exact que l'acceptation par l'Etat, puissance publique, de la compétence des tribunaux ordinaires et de la législation de droit commun pour régler ses différends avec les particuliers soit inconciliable en soi avec la notion moderne de la souveraineté. Et surtout il n'existe pas le moindre indice qui permette de supposer que le législateur de 1875 ait pu croire à l'inconciliabilité de la soumission de la puissance publique à la juridiction des tribunaux ordinaires avec le principe de la séparation des pouvoirs et être amené ainsi à découronner l'Etat égyptien, dans ses rapports avec les Européens, de ses qualités

(1) Cette explication est reprise notamment par M. BLANCHARD, *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien*, dans la *Revue générale de droit international public*, année 1913, p. 454, qui la résume dans cette formule d'une simplicité saisissante : « Le tribunal judiciaire pourra imposer au Gouvernement la réparation du préjudice qu'a causé son acte illégal. Le rapport d'autorité entre l'Etat et ses administrés se trouve ainsi transformé en rapport de droit privé, pour lequel le tribunal peut condamner le Gouvernement au payement d'une indemnité ».

d'autorité publique, pour pouvoir arriver à le rendre toujours justiciable des tribunaux de la Réforme. Il nous sera même aisé de démontrer que sa pensée n'a certainement pas pu être influencée par les préventions scientifiques ou par les superstitions doctrinales que lui prête M. Pélassié du Rausas.

51. Il convient, tout d'abord, de rappeler que, même à l'heure actuelle, la nécessité pour tout Etat qui a le respect de sa dignité, de séparer la juridiction administrative de la juridiction civile et de créer, pour son usage, parallèlement au droit privé et indépendamment de lui, un corps spécial de droit administratif, est loin d'être aussi universellement reconnue dans la science politique européenne que paraît le penser M. Pélassié du Rausas. N'oublions pas, en effet, qu'il y a, dans la communauté juridique des peuples d'Occident, tout un groupe de doctrines nationales — et non l'un des moins importants — le groupe anglo-saxon, qui est jusqu'ici demeuré rebelle à la pénétration de cette conception. On se convaincra facilement que les postulats qui servent de base à l'argumentation de M. Pélassié du Rausas rentrent dans cette catégorie de croyances scientifiques qui, jouant le rôle de vérités en deçà de la Manche ou de l'Océan, se transforment en erreurs au delà, et ne peuvent par conséquent prétendre qu'à une valeur relative et passagère, en parcourant notamment les pages que consacre à l'analyse des notions françaises du droit administratif et de la juridiction administrative, l'un des meilleurs constitutionnalistes anglais, M. Dicey.

Le savant professeur de l'Université d'Oxford, a établi, dans l'un des chapitres (chapitre XII) de son *Introduction*

à l'étude du droit constitutionnel, un parallèle entre le régime anglais du règne de la loi et le régime français du droit administratif, qui, dans sa pensée est de nature à mettre en lumière la supériorité de la législation de son pays sur les institutions juridiques continentales : « Nous avons fait remarquer, écrit-il, que, dans beaucoup de pays et spécialement en France, les agents de l'Etat échappent jusqu'à un certain point, en leur qualité officielle, aux rigueurs de la loi commune, et dans une certaine mesure sont soustraits à la juridiction des tribunaux ordinaires; ils sont soumis à des lois bureaucratiques appliquées par des assemblées de bureaucrates. Ce système du droit administratif, comme on l'appelle, est opposé à toutes les idées anglaises; ce contraste explique même admirablement le sens de ce règne de la loi qui est un des caractères essentiels de la constitution anglaise » (1). Et, après avoir défini les traits caractéristiques du système de réglementation des conflits entre gouvernants et gouvernés connu sous le nom de droit administratif, il conclut : « Le seul point sur lequel il convienne d'attirer l'attention de l'étudiant, c'est que le droit administratif de France repose sur des principes en désaccord avec les idées dominantes de la Constitution Anglaise actuelle et en contradiction avec les sentiments des anglais modernes sur la légitime suprématie du règne de la loi » (2). Enfin, pour mieux préciser la portée de son jugement, il clôture le chapitre par une comparaison « entre les idées administratives qui prévalent encore sur le Continent et la conception de la *prérogative* que se faisait la Couronne d'Angleterre pendant le xvii^e siècle », (3)

(1) Traduction Batut et Jèze, p. 285.

(2) *L. c.*, p. 306.

(3) *L. c.*, p. 309.

présentant ainsi le régime du droit administratif comme la survivance dans la France contemporaine des idées directrices de l'ancienne monarchie.

52. Dans l'une des substantielles notes qu'il a placées à la fin de l'édition française de son livre, M. Dicey revient encore sur les mêmes idées, en polémiquant contre Goodnow (1), pour essayer de démontrer que, contrairement à l'opinion du savant américain, il est chimérique de penser qu'il y ait une branche quelconque du droit anglais qui puisse correspondre même de loin à ce qu'on entend en France sous le nom de droit administratif (2). « Le droit administratif, dit-il, repose sur deux idées absolument étrangères au droit anglais. *La première c'est que les rapports des individus avec l'Etat sont régis par des principes essentiellement différents des règles du droit privé* qui gouvernent les droits des personnes privées vis-à-vis de leurs voisins. La seconde idée, c'est que les questions relatives à l'application de ces principes ne relèvent pas de la compétence des tribunaux judiciaires; *elles doivent être décidées par des tribunaux spéciaux* d'un caractère plus ou moins administratif qui, bien qu'ils administrent la justice, agiront en vue de l'intérêt public plus que ne le feraient les tribunaux judiciaires » (3).

Cette définition donnée, l'auteur s'attache à démontrer que l'extension qui s'est produite pendant la seconde moitié du xix^e siècle — et qui a d'ailleurs continué à s'accroître depuis l'époque où M. Dicey écrivait l'édition française de

(1) *Comparative administrative law*, New-York et Londres, 1902.

(2) Note IX, intitulée « conceptions erronées des Anglais touchant le droit administratif ».

(3) *L. c.*, p. 452.

son livre — dans les pouvoirs administratifs du Gouvernement et des corps locaux anglais n'a pas eu pour résultat, comme l'affirment à tort Laferrière (1) et d'autres écrivains français, d'introduire le droit administratif à un degré quelconque dans le droit anglais; parce que les innovations en question n'ont jamais tendu à soustraire le fonctionnaire qui excède ses pouvoirs à la responsabilité de droit commun à raison de ses actes dommageables, ni à la nécessité d'en répondre devant les tribunaux ordinaires. Puis, après avoir ainsi signalé les méprises que certains comparatistes français commettent dans l'appréciation des institutions de son pays, il se retourne vers ses compatriotes pour leur dénoncer la part d'injustice que contiennent les jugements qu'ils portent eux-mêmes sur le droit français.

« La deuxième erreur, dit-il, consiste dans l'idée facilement admise par un jurisconsulte anglais que le « *droit administratif* » n'est pas du « *droit* » au sens que nous donnons en Angleterre à cette expression, mais sert tout simplement à désigner les maximes qui guident l'exécutif dans l'exercice de ses pouvoirs, sinon arbitraires, du moins discrétionnaires. L'existence de cette idée s'excuse et même jusqu'à un certain point se justifie » (2). Elle trouve une explication partielle dans la théorie française des actes de gouvernement. « La possession par l'exécutif français de larges prérogatives est susceptible, dans l'esprit d'un jurisconsulte anglais, d'être confondue avec l'existence d'un droit administratif appliqué par des tribunaux composés, en partie tout au moins, de fonctionnaires. De même, les

(1) *Traité de la juridiction administrative*, I, p. 97-106.

(2) P. 454.

restrictions apportées par le droit français à la compétence des tribunaux judiciaires — par quoi ils sont empêchés de s'immiscer dans les actions de l'exécutif et de ses agents — semblent à un Anglais, accoutumé à un système dans lequel les Cours de justice fixent les limites de leur propre compétence, être à peu près la même chose que la remise à la discrétion de l'exécutif de toutes les questions dans lesquelles l'autorité de l'Etat est intéressée » (1).

M. Dicey s'empresse d'ajouter que cette idée, si elle n'a pas toujours été erronée, l'est au moins devenue à l'heure actuelle, parce qu'elle confond le droit administratif français tel qu'il était en 1800 avec ce qu'il est au début du xx^e siècle. Et, pour le prouver, il rappelle les principales étapes de l'évolution qu'a subie en France la conception du droit administratif pendant le cours du xix^e siècle, et clôt ce rapide exposé historique par les remarques suivantes : « S'il examine ces changements dans leur ensemble, un critique anglais peut se croire en mesure d'en tirer avec confiance, une ou deux conclusions. Les tribunaux administratifs, dira-t-il, peuvent n'avoir encore qu'un caractère demi-judiciaire ; leurs membres peuvent être influencés par des idées tirées plutôt de leur expérience du droit administratif que de leurs habitudes de juges. *Le droit administratif peut donc, même aujourd'hui, renfermer un élément de pouvoir discrétionnaire arbitraire qui est étranger aux idées anglaises ; mais, malgré tout, l'autorité arbitraire de l'exécutif, telle qu'elle existait en 1800, a pris fin* pour toutes les matières que comprend la compétence des tribunaux administratifs. Le droit administratif, bien qu'appliqué par des corps qui strictement ne sont pas des tribu-

(1) P. 455-456.

naux, *bien qu'il ne puisse pas être lui-même appelé du droit*, dans le sens que donnent les Anglais à cette expression, *se rapproche beaucoup du droit* : il est tout à fait différent des maximes du pouvoir arbitraire » (1).

Entre la date de la première édition de son livre et le moment où a été rédigée la note additionnelle à l'édition française, que nous venons d'analyser, le jugement de M. Dicey sur la valeur du droit administratif français, et de la notion correspondante de la juridiction administrative, a sensiblement évolué dans un sens plus équitable. Alors que, dans la préface de l'édition de 1885, il signalait comme l'une des constatations qui seraient mises le plus souvent en relief au cours de son étude « que les vues sur la *prérogative*, affirmées par les jurisconsultes de la Couronne sous les Tudors et sous les Stuarts, présentent une ressemblance marquée avec les idées légales et administratives qui encore aujourd'hui, sous la troisième République, sont à la base du *droit administratif* de la France », dans la note IX de l'édition française de 1901 il admet que la justice administrative est tout au moins une demi-justice; que le droit administratif du Continent est un droit de qualité inférieure, mais un droit et qu'il aboutit à créer une situation juridique intermédiaire entre l'arbitraire administratif et le véritable règne de la loi.

53. Même sous cette forme atténuée et corrigée, l'appréciation du savant constitutionnaliste anglais demeure excessive, par conséquent injuste, et ne tient pas encore un compte suffisant des transformations qui se sont produites, pendant la fin du xix^e et le début du xx^e siècles;

(1) P. 461-462.

dans la pratique du droit administratif français. Il serait aisé à un jurisconsulte français, reprenant dans le même esprit d'apologie nationale, le parallèle entre le droit administratif de son pays et les institutions judiciaires anglaises, de colorer des mêmes apparences de justification des conclusions exactement inverses de celles de M. Dicey. Il lui suffirait, pour cela, d'aiguiller la comparaison vers d'autres directions ; de rapprocher par exemple, au point de vue de leur efficacité pratique et de leurs commodités d'emploi, la méthode de réparation des injustices administratives prédominante en Angleterre — responsabilité des fonctionnaires — de celle qui occupe le premier plan en France — responsabilité de la puissance publique — ou encore d'établir la liste comparative non seulement des droits, mais aussi des intérêts qui se trouvent défendus en fait, de chacun des deux côtés du détroit, contre l'arbitraire et la puissance discrétionnaire des administrations (1).

54. Mais les observations de M. Dicey prennent beaucoup plus de valeur ; elles deviennent même réellement impressionnantes, pour peu que l'on se rappelle qu'elles visaient primitivement — l'auteur prend soin de le noter dans la préface de son édition française — la conception du droit et de la jurisprudence administrative qui régnait en France au temps du second Empire, et qui est la seule qu'aient pu connaître les négociateurs de la Réforme judiciaire qui — ne l'oublions pas — ont élaboré dès 1869 et 1870, avant la chute de l'Empire, la formule première du futur article 11. Elles nous montrent, en tout cas, que — même en fermant les yeux sur les

(1) HAURIOU, *Droit administratif*, 7^e édition, p. 32, note 1.

objections que peut soulever par ailleurs une argumentation qui recourt au principe de la séparation des pouvoirs pour interpréter la portée d'une réforme destinée à s'appliquer dans un milieu où les attributions diverses de la puissance publique restaient confondues en une seule main, celle du Khédive, — il est vraiment quelque peu téméraire de présenter la séparation des pouvoirs comme opposant par sa nature même un obstacle insurmontable à la soumission de l'Etat puissance publique et de ses agents à la juridiction des tribunaux ordinaires et à l'application du droit commun, alors que cette soumission est précisément regardée comme une condition nécessaire du règne de la légalité dans le pays même auquel Montesquieu se vante d'avoir emprunté le principe en question, et que la plus ancienne des Constitutions rédigées sous l'influence des idées de Montesquieu (1), la Constitution américaine, est universellement interprétée comme imposant aux autorités exécutives le contrôle des tribunaux judiciaires, non seulement pour leurs actes contractuels, mais aussi pour leurs actes de commandement (*orders* et *warrants*) (2).

55. Est-il bien sûr d'ailleurs que la notion de séparation des pouvoirs ait elle-même la valeur de loi sociologique permanente que lui prête M. Pélissié du Rausas ? Il est

(1) BOUDY, *The Separation of Powers*, dans *Columbia University Series in History, Economics and Public Law*, V. N° 2.

(2) GOODNOW, *Les principes du droit administratif des États-Unis* (traduction Jèze), p. 26-57 et 247 et suiv. — FREUND, *Private Claims against the State*, dans *Political Science Quarterly*, VIII, p. 625 et suiv. — BRICE, *La République américaine* (édition française de la Bibliothèque internationale de droit public), 1902, I, p. 26 et suiv.

vraiment bien difficile d'accepter cette affirmation, quand on constate que, dans ceux des milieux anglo-saxons, où cette notion a réussi à pénétrer, on ne l'a jamais considérée que comme un expédient d'art politique destiné à assurer l'équilibre des forces étatiques ou comme un idéal de gouvernement pratique qui n'est pas même susceptible d'application intégrale à une organisation politique concrète (1); que cette façon d'envisager les choses se fait jour dans les monuments les plus récents de la littérature du droit public français (2), et que la doctrine

(1) GOODNOW, *Les principes du droit administratif des Etats-Unis*, p. 29-32.

(2) Cf. notamment BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif* (7^e édition), p. 14, qui écrit : « Le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas une vérité juridique mais seulement une précaution politique. Cette règle serait inapplicable si l'on n'y apportait certains tempéraments », et surtout DUGUIT, *Droit constitutionnel*, I, p. 359-361.

Beaucoup plus caractéristique encore est le jugement porté par un écrivain, M. Gaston Jèze, qui, depuis quelques années, a pris une influence de tout premier ordre sur le mouvement de la science administrative française, tant par l'originalité de ses propres travaux que par l'impulsion donnée aux trois grandes publications dont il concentre la direction, la *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, la *Revue de Science et législation financières* et la *Bibliothèque internationale de droit public*. Dans l'un des plus récents articles du savant professeur de l'Université de Paris : *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel*, dans *Revue du droit public* XXX, 1913, p. 445-447, nous relevons les phrases suivantes : « La règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire a été exclusivement formulée pour des motifs d'ordre politique, à raison de la défiance qu'inspirait aux hommes de la Révolution l'esprit réactionnaire des corps judiciaires..... Quoiqu'on en ait dit, la séparation des autorités administrative et judiciaire est une règle rationnellement injustifiable aujourd'hui et non sans dangers..... On a beau déclarer qu'elle est la conséquence du principe sacro-saint de la séparation des pouvoirs. Il faudrait d'abord savoir ce que ce principe signifie au juste..... Les règles

allemande, allant beaucoup plus loin, s'est longtemps refusée tout entière et se refuse encore en majorité, à accorder à la théorie de la séparation des pouvoirs le caractère, non pas d'une vérité scientifique, mais même d'une simple règle de droit positif (1). Se prévaloir d'un

d'origine politique qui, à une époque maintenant lointaine et pour des raisons de circonstance aujourd'hui disparues, ont organisé l'indépendance respective des autorités administrative et judiciaire, *sont contraires à la notion moderne du service public*. Elles doivent donc être interprétées *aujourd'hui* restrictivement, et non pas extensivement. ». M. Jèze exprime des idées personnelles, et des idées d'avant-garde, quand il conteste l'opportunité actuelle et la valeur d'action sociale d'une conception française de l'indépendance respective des autorités administrative et judiciaire qui, selon sa très juste expression, interprète les mesures prises en vue d'assurer cette indépendance « en faveur des autorités administratives et contre les autorités judiciaires ». Mais il semble bien, en revanche, qu'il ne fait que refléter les opinions les plus courantes à l'heure actuelle dans la science administrative française quand il présente le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire comme une règle de pur droit positif, ne pouvant prétendre qu'à une valeur historique, et non à une valeur permanente, destinée à faire face à des besoins politiques passagers et se reliant étroitement aux contingences de l'histoire sociale de la France pendant la fin du XVIII^e et le début du XIX^e siècles. Cf. encore JÈZE, *Pouvoir et devoir des tribunaux en général, et des tribunaux roumains en particulier, de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux*, dans *Revue du droit public*, XXIX, 1912, p. 146 et suiv.

(1) LABAND, dans la première édition de son *Staatsrecht*, I, p. 517, en 1895, croyait encore pouvoir déclarer qu'il y avait unanimité en Allemagne à repousser cette doctrine. Depuis lors, elle a trouvé un ardent défenseur en la personne d'un savant allemand, qui est d'ailleurs très fortement influencé par les principes du droit administratif français à l'exposition desquels il a consacré l'une de ses meilleures œuvres, M. OTTO MAYER, *Droit administratif allemand*, édition française, I, p. 84-85, IV, p. 366, et elle a pénétré aussi chez d'autres auteurs, comme ANSCHUETZ, *Die gegenwärtigen Theorien ueber den Begriff des gesetzgebenden Gewalt*, 1901, 10. Note 8, et ARNDT, dans *Archiv für toeffentliches Recht*, XV, p. 346. Mais il semble bien que la majorité

principe dont l'existence même est contestée par une partie de la science européenne, ou plutôt d'un prétendu corollaire qu'une bonne moitié des jurisprudences occidentales où le principe a cours se refusent absolument à admettre, pour nier que le législateur de 1875 ait pu réaliser un résultat que consacrent en fait nombre de législations modernes — la soumission de l'Etat au droit commun pour le règlement des litiges soulevés par ses actes d'autorité — sans enlever d'abord à l'Etat égyptien, dans ses rapports avec les étrangers, ses qualités de puissance publique, c'est vouloir à tout prix compliquer et embrouiller une situation qui, en elle-même, est des plus simples et des plus claires.

de la doctrine allemande reste encore fidèle aux idées représentées par Laband. C'est ainsi que JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, traduction de la Bibliothèque internationale de droit public, 1913, II, p. 312 et suiv. et *Gesetz und Verordnung*, p. 213 et suiv., déclare que la théorie du droit public allemand ne peut s'édifier sur des bases solides que par la répudiation du principe de la séparation des pouvoirs, répudiation nécessitée par les règles du droit fédéral; que l'idée d'un fractionnement des pouvoirs de l'Etat est rejetée par la science germanique et que la doctrine allemande répudie la formule toute théorique — que Montesquieu n'a d'ailleurs jamais exprimée avec une précision bien grande — d'après laquelle chaque espèce particulière de fonctions de l'Etat serait exclusivement le propre d'un organe, et chaque organe devrait être séparé des autres auxquels sont confiées d'autres fonctions. Si la querelle doctrinale qui s'est longtemps débattue en Allemagne entre partisans de la juridiction administrative et partisans de la domination exclusive des juridictions civiles (voir la littérature ancienne dans MOHL, *Encyclopédie* § 35, No 5. — BAEHR, *Rechtsstaat*, p. 52 et suiv.) — GNEIST, *Rechtsstaat*, p. 263. — Cf. aussi JACQUELIN, *De la jurisprudence administrative dans le droit constitutionnel*, thèse, Paris, 1891, p. 239 et suiv. —), a tourné de plus en plus, depuis 1860, comme le fait remarquer M. Otto Mayer, *l. c.*, I, p. 78, au profit de la juridiction administrative, il est absolument certain que le principe français de la séparation des pouvoirs n'a nullement contribué à assurer ce triomphe relatif.

56. Il convient, toutefois, de prévoir une objection. M. Pélassié du Rausas pourrait nous répliquer avec quelque apparence de raison : A quoi bon nous préoccuper de ce que peuvent penser les jurisconsultes anglosaxons ou les savants allemands, soit du principe de la séparation des pouvoirs, soit des conséquences ou des corollaires que ce principe comporte ? Que nous importent même les courants nouveaux qui ont pu se dégager, dans ces dernières années, au sein de la doctrine française du droit public ? Quel intérêt peuvent bien présenter ces opinions exotiques ou de date récente pour la compréhension et l'interprétation d'une disposition de la Réforme judiciaire égyptienne ? Perdez-vous donc de vue que nous sommes avec elle sur un terrain juridique essentiellement français, et qu'elle est l'œuvre d'hommes qui reflétaient la mentalité juridique de la fin du second Empire et des premières années de la troisième République.

Et, en effet, pendant toute la durée des travaux préparatoires de la Réforme de 1875, les deux acteurs qui ont tenu sans interruption le premier plan de la scène diplomatique sont, d'une part, le Gouvernement français, de l'autre, Nubar Pacha, et derrière lui Son Eminence grise, l'avocat français Maunoury, qui n'a pas seulement été l'auteur des codes mixtes et le secrétaire des Commissions internationales de 1869 et de 1873, mais qui s'est fait dans ces Commissions, et surtout dans celle de 1873, le porte-parole dévoué et tenace du Gouvernement égyptien (1), et dont la dépêche adressée par le Consul de

(1) Ce rôle de M. Maunoury est notamment mis en relief en ce qui concerne la conférence de 1873, dans une lettre de l'ambassadeur de France à Constantinople du 29 octobre 1872 (*Documents diplomatiques, Livre jaune de janvier 1875*, p. 20), et dans les procès-verbaux officiels de la dite conférence (*Documents diplomatiques*, même volume, p. 45 et suiv., 81 et suiv.).

France à Alexandrie au Ministère des Affaires étrangères, en date du 14 décembre 1873, définit excellemment le rôle en l'appelant le conseiller ordinaire de Nubar Pacha (1). Le débat s'est principalement déroulé entre gens également imprégnés de la culture juridique française du second Empire. Les autres puissances européennes se sont le plus souvent contentées de jouer le rôle du chœur antique qui, par ses murmures sympathiques, encourage tantôt l'un, tantôt l'autre des protagonistes. On peut dès lors soutenir que pour déterminer si, et dans quelle mesure, la méthode employée par le législateur de 1875, pour arriver à soumettre aux tribunaux mixtes les litiges soulevés par le jeu de l'activité administrative, a été influencée par le souci de respecter le dogme de la séparation des pouvoirs et ses rapports naturels avec la théorie de la justice administrative, il n'y a lieu de tenir compte que des conceptions juridiques qui régnaient en France, ou dans le groupe des législations latines, entre 1867 et 1875.

57. Mais ces conceptions cadrent-elles réellement avec les postulats sur lesquels M. Péliissié du Rausas fait reposer toute son argumentation ? Nous ne le pensons pas. Car la période où se placent les travaux préparatoires de la Réforme coïncide précisément avec l'époque où la croyance à l'existence de relations nécessaires entre le principe de la séparation des pouvoirs et l'organisation de la juridiction administrative a subi dans les milieux français ou latins l'éclipse la plus étendue et la plus prolongée. En effet, dans tous les pays ayant passé au début du xix^e siècle par la domination napoléonienne ou appartenant à la

(1) *Documents diplomatiques, Livre jaune de janvier 1875*, p. 173.

sphère d'attraction du droit français, le mouvement de réaction contre la conception policière ou administrative de l'organisation sociale et, en particulier, contre la juridiction administrative, alors envisagée comme l'une des plus énergiques manifestations de cette conception, arrive en ce moment à son point culminant. L'exemple de la Révolution belge de 1830 qui, rompant avec les pratiques impopulaires de la domination française et de la domination hollandaise, avait conféré aux tribunaux de droit commun le monopole de la défense judiciaire des droits civils et politiques contre les empiètements administratifs, devient alors universellement contagieux et les dispositions des articles 92, 93 et 107 de la Constitution belge de 1831, consacrant la substitution du droit commun juridictionnel au système de la justice administrative, apparaissent en général aux législateurs du temps comme le modèle d'une sage et libérale réglementation des rapports litigieux entre gouvernants et gouvernés.

Déjà, sous l'influence de ce courant d'opinion hostile à la conception française du contentieux administratif, on avait vu se glisser dans la Constitution grecque des 16-28 novembre 1864 un texte disant que « *les affaires du contentieux* sont du ressort des tribunaux ordinaires » puis, dans la Constitution danoise de 1866, articles 71 et 72, une disposition portant que « la justice est séparée d'avec l'administration » et que « les tribunaux ont le droit de juger toutes questions relatives aux limites des attributions des autorités » (1). Deux ans environ avant le moment où vont commencer les pourparlers en vue

(1) Cf. DARESTE, *Note sur l'organisation de la juridiction administrative dans les divers Etats*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, II, 1872-1873, p. 277.

de la Réforme judiciaire, l'Italie, dans la loi du 20 mars 1865 — à laquelle nous aurons fort souvent à nous reporter, parce qu'elle contient l'un des meilleurs commentaires de notre article 11 — avait à son tour déclaré abolir en principe la juridiction administrative, ne laissant subsister de tribunaux de cette catégorie qu'à titre d'exception et en les réduisant à une compétence essentiellement limitée. Et les efforts tentés postérieurement pour réagir en partie contre le régime réalisé par la loi de 1865 et organiser un contentieux général du Conseil d'Etat, en dépit de la persévérance de l'homme d'Etat qui en avait pris la direction, Francesco Crispi, ne devaient aboutir que bien après l'achèvement de la Réforme judiciaire égyptienne, dans les lois des 31 mars 1889 et 1^{er} mai 1890 (1). L'Espagne elle-même, en dépit de ses propensions naturelles pour la pratique du régime administratif, s'était un instant laissée entraîner dans ce mouvement. A la suite de la Révolution de 1868, un décret du 13 octobre de cette année avait déclaré supprimer la juridiction administrative et transporter les attributions juridictionnelles du Conseil d'Etat au Tribunal suprême de justice où était créée une chambre des recours contre l'administration (2). L'idéal de justice civile proclamé dans ce document législatif subit sans doute quelques atteintes immédiates (3). Mais il ne fut

(1) Sur l'histoire des précédents de ces deux lois et de la transition du régime primitif de la loi de 1865 au système nouveau dû à la combinaison de cette loi avec les lois organiques du Conseil d'Etat, ORLANDO, *La giustizia amministrativa* dans son *Trattato*, III, p. 644-653.

(2) JACQUELIN, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, p. 287 et suiv. — DARESTE, l. c. p. 277.

(3) C'est ainsi que la loi du 20 août 1870 avait conféré aux commissions permanentes des députations provinciales compétence pour certaines matières de contentieux électoral.

ouvertement abandonné qu'à une époque où la rédaction de notre *R. O. J.* était définitivement arrêtée : car c'est seulement le décret-loi du 27 janvier 1875 qui vint rétablir en Espagne la juridiction contentieuse du Conseil d'Etat et faire revivre l'état de choses qui était en vigueur avant 1868 (1).

L'un des meilleurs commentateurs de la loi italienne du 20 mars 1865, M. Vacchelli, a excellemment défini les tendances d'esprit qui, au temps où s'élaborait notre Réforme judiciaire, étaient prédominantes dans les cercles libéraux des pays latins et qui expliquent le mouvement législatif que nous venons de retracer... « Une opinion, écrit-il, qui n'est pas complètement acceptable d'un point de vue scientifique, mais que cela n'empêche pas d'indiquer exactement un état de choses alors existant, était que, dans le contentieux administratif, l'administration fût pendant un temps juge et partie, et cela seul était suffisant pour faire naître chez chacun la conviction que ces tribunaux (juridictions administratives) ne pouvaient constituer une garantie du droit des citoyens et ne pou-

1) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, I, p. 28 et suiv. Notons aussi que le même mouvement s'est fait sentir, à la même époque, dans les Pays-Bas, où la seconde Chambre, dans sa séance du 26 mars 1873, avait adopté, à une faible majorité, il est vrai, au cours d'un projet de loi sur l'organisation judiciaire, un article ainsi conçu : « Au pouvoir judiciaire appartient la connaissance de toutes les actions, non fondées sur le droit civil, lorsqu'elles tendent à obtenir le paiement d'une somme d'argent ou le maintien d'un droit de propriété ou de tout autre droit privé, mais seulement pour autant que quelque disposition légale n'en attribue pas le jugement à une autre autorité. Il sera procédé à l'égard de ces actions par le juge ordinaire des affaires civiles. » Cf. la communication de M. Godefroy, ancien ministre des Pays-Bas, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1872-73, II, p. 291-293.

vaient aucunement être considérés comme des corps judiciaires capables de perfectionnement et de développement » (1).

58. Pendant notre période, la doctrine française elle-même s'est largement ouverte à la pénétration des idées si bien analysées et décrites par M. Vacchelli. Ces idées, après s'être glissées d'abord dans les milieux de l'opposition dans les dernières années de l'Empire (2), ont pris une très brusque et très large propagation avec la chute du régime impérial. La juridiction administrative supérieure — Conseil d'Etat — résista, sans doute, assez facilement à cette revision critique de ses titres à l'existence, grâce au libéralisme dont sa jurisprudence avait antérieurement fait preuve. Elle subit cependant, dans son mécanisme juridique et son fonctionnement théorique, une modification qui en changea assez profondément la nature. La loi du 24 mai 1872 vint, en effet, réaliser, à son profit, ce que M. Berthélemy, reprenant des notions familières à l'ancien droit français, a appelé la substitution de la justice déléguée à la justice retenue (3), en conférant à cette assemblée un pouvoir de décision propre en matière de contentieux administratif, au lieu de la mission plus humble —

(1) *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, dans le *Trattato d'Orlando*, III, p. 355 et suiv.

(2) Voir notamment dans LAFERRIÈRE, l. c., I, p. 260 et suiv., l'analyse des amendements présentés par l'opposition libérale lors de la discussion de la loi du 21 juin 1865 sur les Conseils de préfecture. — Cf. POITOU, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Paris, 1869. — ROGER, *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1863, p. 97 et suiv., 193 et suiv. — ODILON BARROT, *De l'organisation judiciaire en France*, 1872.

(3) BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 946.

dont elle avait dû se contenter sous le second Empire — d'un simple donneur d'avis chargé de préparer les décisions du chef du pouvoir exécutif par des propositions que celui-ci n'était pas légalement tenu de suivre. Mais la juridiction des Conseils de préfecture eut à subir un assaut beaucoup plus rude. Au lendemain de l'écroulement du régime impérial, le Gouvernement de la Défense nationale, par un décret en date du 18 septembre 1870, institua une Commission chargée d'examiner la question de la suppression des tribunaux administratifs, et les membres de cette Commission se prononcèrent à l'unanimité dans le sens de la suppression (1). L'Assemblée nationale fut saisie à son tour d'une proposition du même genre par l'initiative de M. Raudot et sa Commission de décentralisation rédigea et déposa, le 14 juin 1872, une proposition de loi portant abolition des Conseils de préfecture et transfert de leurs attributions contentieuses aux tribunaux ordinaires. Dans le rapport rédigé en son nom par M. Amédée Lefèvre-Pontalis (2), la Commission ajoutait d'ailleurs que la conséquence forcée de la suppression des Conseils de préfecture serait la suppression du Conseil d'Etat comme juge de leurs décisions et l'abolition dans l'avenir de toute justice administrative. Ce projet contenait notamment une disposition, fort remarquable, qui aboutissait sensiblement aux mêmes résultats pratiques que l'article 11 de notre *R. O. J.* et qui visiblement était

(1) JACQUELIN, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, p. 365. — DUBOIS, *Le contentieux administratif en Italie*, 1873, p. 51-53.

(2) Voir le projet de loi et le rapport Lefèvre-Pontalis dans *Journal officiel*, annexe à la séance du 14 juin 1872, n° 1217 des impressions de l'Assemblée nationale.

imitée, non seulement dans son esprit, mais même dans sa lettre, de la loi italienne du 20 mars 1865. C'est l'article 12 qui portait : « Dans tous les cas où les tribunaux ordinaires auront à connaître du contentieux de l'administration, ils appliqueront les actes de l'autorité administrative et les règlements locaux en tant que ces actes et règlements seront conformes aux lois. Si la contestation portait sur la légalité d'un acte de l'autorité administrative, les tribunaux ne pourraient connaître que des effets de l'acte dont il s'agit dans ses rapports avec la contestation qui leur est soumise, sans avoir le droit d'en proposer la nullité, ni d'en modifier les dispositions ». Dans tout l'ensemble de ce texte se reflète le souvenir des articles 4 et 5 de la loi italienne de 1865, que nous aurons souvent l'occasion de citer et de commenter. Le projet de la Commission de décentralisation fut ensuite soumis à la Commission des services administratifs qui l'approuva et l'appuya même fortement par l'organe de son rapporteur M. de Marcère (1). A la fin de 1872 une partie importante de l'opinion parlementaire semblait donc favorable, même en France, à l'abandon de la conception juridictionnelle du contentieux administratif et à un essai du système belge et italien de défense judiciaire des droits subjectifs des particuliers contre les atteintes administratives. Mais ce projet, qui était inconciliable avec la loi du 24 mai 1872 et impliquait l'abandon ou la correction d'une partie de ses dispositions, ne vint pas en discussion devant l'Assemblée nationale; celle-ci se sépara sans l'avoir porté à son ordre du jour (2). Et, à partir de l'entrée en fonctionnement des

(1) *Journal officiel*, séance du 3 décembre 1872, annexe 1455.

(2) Cf. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, I, p. 266 et suiv. — JACQUELIN, *l. c.*, p. 365-366.

institutions politiques créées par la Constitution française de 1875, les attaques parlementaires dirigées contre la juridiction administrative ont été diminuant progressivement de gravité et d'intensité.

59. L'enquête de 1870 et les travaux parlementaires de 1872 ont trouvé un très vif retentissement dans la doctrine française, non seulement pendant les années 1872 et 1873, où les revues de droit abondent en articles consacrés à la discussion de la légitimité juridique et de la valeur pratique de la justice administrative (1), mais aussi pendant toute la première période décennale d'existence de la troisième République (2). La société de législation comparée, notamment, fut provoquée à l'examen de cette question, en 1873, par deux savantes communications, l'une d'un professeur à la Faculté de droit de Nancy, M. Ernest Dubois, sur le contentieux administratif en Italie depuis la loi du 20 mars 1865 (3), l'autre d'un éminent historien du droit comparé qui était alors prési-

(1) Cf. PISTOYE, *Revue pratique*, XXXIII, 1872, p. 353-412. — MILCENT, *De la Réforme des Conseils de Préfecture*, dans *Revue critique*, I, 1872, p. 301-331. — MIGNERET, même *Revue*, II, 1873, p. 65-91. — DRAMARD, *De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative*, dans *Revue pratique*, XXXV, 1873, p. 433-475. — TISSOT, *Principes de droit public*, 1872, I, p. 102 et suiv. — DUBOIS, *Le contentieux administratif en Italie*, 1873, p. 49-55. — ODILON-BARROT, *De l'organisation judiciaire en France*, Paris, 1872, p. 87-92.

(2) DROZ, *Des tribunaux administratifs : Critiques et Réformes* dans la *France judiciaire*, I, 1877, p. 25-33 et 88-95. — JOUSSERANDOT, *Du pouvoir judiciaire*, 1878, p. 177 et suiv. — FUZIER-HERMANN, *La séparation des pouvoirs*, 1880, p. 442 et suiv. — PICOT, *La Réforme judiciaire en France*, 1881, p. 222-228.

(3) *Bulletin de la Société de législation comparée*, II, 1872-73, p. 211-260.

dent de l'ordre des avocats à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat, M. Dareste, sur l'organisation de la juridiction administrative dans les divers Etats (1). Dans la séance du 28 avril 1873, ces communications donnèrent lieu à des observations et à des discussions contradictoires qui ont été résumées dans le *Bulletin mensuel* (2), et dont la lecture suffit à nous montrer qu'au moment où l'article 11 du *R. O. J.* a pris sa formule définitive à la suite de l'achèvement des travaux de la conférence de Constantinople, les juristes français étaient très divisés sur la question, alors pendante devant le Parlement, du droit à l'existence de la justice administrative, mais qu'ils étaient, du moins, d'accord pour reconnaître que le principe de la séparation des pouvoirs ne saurait à lui seul justifier cette institution. C'étaient des considérations d'ordre pratique, et non pas des considérations d'ordre constitutionnel qu'invoquaient, en première ligne, ceux qui, dans la discussion instituée au sein de la Société, se prononçaient en faveur du maintien des tribunaux administratifs, tout en souhaitant que leur organisation fut améliorée pour les rapprocher, au point de vue des garanties d'impartialité offertes aux justiciables, des tribunaux de droit commun. Et si le principe de la séparation des pouvoirs était parfois allégué subsidiairement, et sans grande conviction, au cours du débat, c'était aussi bien au profit de la thèse abolitionniste qu'au profit de la thèse conservatrice, aussi bien du côté des adversaires que du côté des défenseurs de la juridiction administrative.

C'est ainsi que M. Ernest Dubois, clôturant son exposé de la législation italienne par une comparaison avec le

(1) Même revue, II, p. 275-291.

(2) Même revue, II, p. 291 et suiv.

droit français, n'hésitait pas à dire : « En théorie, la justice administrative, telle que nous l'avons aujourd'hui, est une institution mauvaise, injustifiable et condamnée à périr. Il pourra s'écouler un temps plus ou moins long avant qu'elle disparaisse, mais elle est incompatible avec les principes du droit public moderne. Au lieu de réaliser la séparation des pouvoirs, comme on le prétend, elle en constitue, au contraire, une violation manifeste. Le vice essentiel, c'est que les juges administratifs, alors même qu'ils ne sont pas les administrateurs en personne — ce qui d'ailleurs est la règle, nos juges ordinaires du contentieux n'étant autres que les ministres — sont toujours dans la dépendance du pouvoir exécutif et de l'administration. On a fait maints efforts pour essayer de justifier cette dépendance, mais elle blesse tellement la conscience et la raison qu'on n'y est pas parvenu. L'administration est à la fois juge et partie; sans doute, on a montré que, dans la réalité, ce défaut n'est pas toujours aussi grave qu'il le paraissait, mais si le reproche a parfois été exagéré, ce qui en subsiste suffit pour qu'on ne doive pas se lasser de protester. Il y a dans le fait que les deux pays qui se rapprochent le plus de nous, non seulement par leur position géographique, mais encore et surtout par la communauté de langue, de race, de mœurs et de législation, la Belgique et l'Italie, ont répudié le principe que nous leur avons transmis, il y a, dis-je, dans ce fait, quelque chose de décisif, du moins de frappant, et qui mérite d'être pris en sérieuse considération. L'expérience faite par elles montre le peu de fondement de l'objection, sans cesse reproduite, que l'administration est entravée, qu'elle devient même impossible, si les juges administratifs n'en dépendent pas » (1).

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, II, p. 258.

60. Pour pouvoir prêter aux négociateurs de la Réforme les scrupules juridiques que leur attribue M. Pélissié du Rausas, et supposer qu'une mentalité de juristes français, impuissants à s'émanciper de la tyrannie des dogmes constitutionnels de leur pays, a dû les obliger à découvrer l'Etat égyptien de sa personnalité de puissance publique pour arriver à concilier avec le principe de la séparation des pouvoirs l'attribution de compétence aux tribunaux judiciaires pour trancher les litiges qui s'élèvent entre administrations et administrés par l'effet du fonctionnement des actes d'autorité ; il faudrait, non seulement faire table rase des principes directeurs qui ont présidé à l'évolution générale des législations latines pendant la durée des négociations de la Réforme, mais encore oublier le travail de révision critique des institutions impériales et le mouvement d'idées doctrinales qui se sont produits en France, à la fois dans les milieux parlementaires et dans les milieux scientifiques, entre 1870 et 1873, c'est-à-dire dans la période où ont été rédigés les divers projets préliminaires et le texte définitif du *R. O. J.*

Si les négociateurs français de la Réforme ont partagé les idées de leur temps et de leur milieu, ils n'ont pas pu se représenter l'établissement d'une justice administrative comme constituant l'une des exigences permanentes et générales de toute organisation sociale policée ; ils n'ont même pas pu songer, un instant, à voir dans la notion française du contentieux administratif un article d'exportation, et surtout une institution dont l'acclimatation pût être désirable en Egypte. N'oublions pas, en effet, que le but direct de la Réforme était d'assurer aux étrangers, en échange d'une suspension partielle de leur immunité juridictionnelle, la certitude d'être jugés par des tribunaux

qui leur offrissent toutes les garanties désirables d'impartialité, et surtout d'indépendance vis-à-vis de l'autorité khédiviale. Pouvait-on songer à s'écarter de ces principes pour les cas où les justiciables avaient le plus à craindre que la pression administrative s'exerçât à leur détriment sur les juges, c'est-à-dire pour les cas où ils entreraient en litige avec l'administration elle-même? Non, évidemment. Les raisons mêmes que l'on faisait alors valoir en France en faveur du maintien de la juridiction administrative s'opposaient à ce que les négociateurs pussent avoir un instant l'idée, étant donné le but qu'ils poursuivaient, d'en proposer ou d'en tolérer l'introduction en Egypte, dans les rapports du Gouvernement et des étrangers.

61. Sans doute, l'on s'est aperçu à l'usage — et c'est là ce qui explique le revirement qui s'est produit dans l'opinion scientifique française depuis 1872 — que la juridiction administrative développait avec le temps des vertus primitivement insoupçonnées; qu'elle favorisait l'extension du cercle de protection juridique du domaine limité des droits subjectifs au domaine plus vaste et plus flottant des simples intérêts; qu'elle offrait aux justiciables l'avantage de trouver en face d'eux des juges qui, connaissant par expérience personnelle les difficultés d'ordre technique que soulèvent les procès administratifs, peuvent les résoudre avec plus de sagesse et d'équité (1); qu'elle permettait l'emploi d'une procédure plus simple et moins coûteuse; qu'en confiant l'expédition des affaires contentieuses administratives à des hommes que leur culture professionnelle met en état d'apprécier et doser exacte-

(1) TIRARD, *De la responsabilité de la puissance publique*, thèse, 1906, p. 11.

ment toutes les conséquences que leurs décisions peuvent avoir sur la marche de l'administration et qui, par conséquent, peuvent oser beaucoup plus que ne le feraient des magistrats n'ayant que des connaissances juridiques, elle facilite la formation de jurisprudences plus hardies et plus libérales. Ce sont ces mérites tardivement révélés, c'est ce point de vue essentiellement moderne que s'attachent surtout à faire valoir aujourd'hui, pour légitimer la juridiction administrative, soit les maîtres de la science politique française qui la considèrent en général comme une institution fort recommandable (1), soit les écrivains, comme M. Errera, qui voudraient la voir se développer dans leur pays avec l'ampleur et avec l'organisation systématique et hiérarchisée qu'elle a en France (2). Pour la recommander à l'adoption du législateur belge, le savant professeur de l'Université de Bruxelles se contente d'arguments qui ressemblent étrangement à ceux qui servent d'ordinaire à justifier l'existence, à côté des tribunaux de droit commun, de juridictions commerciales spéciales. Il déclare que la seule différence qui sépare dans la France actuelle les juridictions administratives des juridictions judiciaires, c'est que les premières ne jouissent pas, à la différence des secondes, de la protection de l'immovibilité du personnel et ajoute que cette différence est d'ailleurs plus théorique que réelle, les cas de révocation politique des juges administratifs devenant de plus en plus rares. A vrai dire même, elle n'est plus guère considérée comme spécifique et des interprètes du droit administratif français qui, d'ordi-

(1) Cf. notamment BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 918.

(2) ERRERA, *Traité de droit public belge*, p. 246.

naire, ne pèchent pas par excès d'audace, comme M. Berthélemy, n'hésitent plus actuellement à reconnaître qu'il vaudrait mieux, en droit, que les conseillers d'Etat fussent inamovibles (1). Mais, si la justice administrative, telle qu'elle fonctionne présentement en France peut être défendue par des considérations tirées de l'intérêt bien entendu de ses justiciables, c'est qu'elle a subi au cours du xix^e siècle des transformations profondes dans son mécanisme pratique et dans sa fonction sociale ; c'est, qu'après avoir été en antagonisme avec la juridiction judiciaire — c'est-à-dire avec l'idée même d'une justice indépendante et impartiale — elle tend, de plus en plus, à se fondre et à s'intégrer dans l'organisation judiciaire générale du pays pour y constituer l'un des instruments de spécialisation et de répartition du travail entre les organes de l'administration de la justice.

62. Sans doute, des tentatives de justification de la juridiction administrative par l'intérêt des administrés eux-mêmes se rencontrent déjà dès la fin du second Empire sous la plume d'écrivains, tels que Dareste (2) et Aucoc (3). Mais elles ne pouvaient alors prétendre qu'à un rôle subsidiaire et elles paraissaient même quelque peu paradoxales dans un système d'organisation de la justice administrative, où le chef de l'Etat se réservait le droit d'arrêter, en leur refusant son approbation, l'exécution des décisions rendues par le Conseil d'Etat en

(1) BERTHÉLEMY, *l. c.*, p. 920, note.

(2) *La justice administrative en France*, Paris, 1862, p. 685 et suiv.

(3) *Conférences sur le droit administratif*, Paris, 1869, I, p. 332 et suiv.

matière de contentieux administratif et où le rôle de juge de droit commun en matière administrative était attribué au Ministre, c'est-à-dire à un administrateur doublé d'un politicien (1). En tout cas, il est bien certain que ce n'est pas la préoccupation de l'intérêt des justiciables, mais la préoccupation des intérêts, généralement opposés, de l'administration qui a constitué la raison d'être originaire de l'apparition de la juridiction administrative. Les conceptions qui ont présidé à sa naissance et à ses premiers développements ont été fort nettement exposées dans le *Cours de droit administratif* de Ducrocq, dont les premières éditions datent d'un temps où les controverses que nous venons de rappeler conservaient encore leur acuité et qui reflète assez fidèlement les vues, naturellement conservatrices, des dirigeants de la bureaucratie française du temps.

« Il existe, dit M. Ducrocq, un droit commun à tous les tribunaux administratifs, sauf la Cour des Comptes; c'est que les magistrats qui les composent ne jouissent pas du bénéfice de l'inamovibilité qui appartient aux magistrats de l'ordre judiciaire. Le motif de cette différence est dans la difficulté de donner cette garantie aux justiciables sans compromettre l'indépendance de l'administration active, dont les tribunaux sont appelés à juger les actes pour les annuler ou les maintenir... On pourrait se demander à quoi servirait d'avoir rendu l'administration active indépendante des corps judiciaires si on la soumettait aux entraves que peuvent créer des corps administratifs inamovibles » (2).

(1) LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, I, p. 452 et suiv.

(2) DUCROCQ, *Cours de droit administratif* (6^e édition), I, N^o 258.

Et cette façon d'envisager et justifier la justice administrative est loin d'être complètement disparue à l'heure actuelle dans la doctrine française, comme l'on pourra s'en convaincre en méditant ces lignes empruntées à l'un des maîtres les plus justement estimés de la science du droit administratif français, M. Hauriou : « Ce n'est pas une chose tout à fait naturelle que l'Etat, puissance publique, soumette à un juge ceux de ses actes contre lesquels on réclame, qu'il consente à courir le risque d'une condamnation et qu'il supporte ensuite d'exécuter cette condamnation; il y a là de la part de l'Etat un effort de bonne volonté qui gagne à demeurer spontané; il serait contraire à la notion de la puissance publique, que l'Etat parût contraint de se présenter en justice et forcé d'abandonner ses prétentions. On devait désirer, pour juger les litiges suscités par l'activité de l'administration, un juge devant qui la puissance publique, par un suprême effort de la prérogative, se condannât elle-même à abandonner de ses exigences et, par là souvent, à faire des concessions de droits » (1).

Nous trouvons ici, très clairement exposée, la fonction initiale de la justice administrative, celle qui explique l'ardeur qu'apportaient, tantôt à l'attaquer, tantôt à la défendre, les jurisconsultes et les hommes politiques qui ont pris part en France aux débats passionnés des années 1870 à 1873. Elle leur apparaissait, avant tout, comme destinée à réserver à l'administration les moyens de restreindre dans les limites qui lui paraîtraient acceptables, sa soumission au régime du droit et de déterminer elle-même les bornes qu'il convenait d'imposer

(1) HAURIOU, *Précis de droit administratif* (7^e édition), p. 934.

à l'exercice de sa puissance de commandement. La notion de la justice administrative, telle qu'on la comprenait d'ordinaire en France à l'époque des négociations de la Réforme, était donc en opposition flagrante avec la préoccupation — qui s'affirmait, aussi bien du côté égyptien que du côté européen, comme devant être l'idée directrice du nouveau régime — d'éviter que l'organisation donnée aux tribunaux mixtes pût donner prise à la suspicion de réserver à l'autorité khédiviale la possibilité de jouer, même exceptionnellement et par voie détournée, le rôle de juge et partie dans les litiges où les Européens figureraient comme plaideurs.

63. Les négociateurs français auraient fait preuve d'un esprit vraiment inexcusable de maladresse diplomatique, si, oubliant les conceptions prédominantes de leur temps dans la science juridique des pays latins, ils avaient laissé percer, au cours des pourparlers de la Réforme, la conviction que la soustraction des litiges administratifs aux tribunaux de l'ordre judiciaire constituât une véritable règle de droit naturel. Ils se sont bien gardés de commettre pareille bévue. Nous en avons la preuve dans les travaux préparatoires de la législation de 1875. En effet, dans la première séance de la Commission internationale du Caire, en 1869, le porte-parole de la France, M. Tricou, donnait lecture, au nom de son Gouvernement, d'une note où nous lisons ces mots : « Nous croyons cependant qu'il importe que le Gouvernement, aussi bien que S. A. le Vice-Roi, soient justiciables des nouveaux tribunaux et *qu'ils acceptent en cela le droit commun européen*. De cette façon il serait mis un terme à *une situation anormale* qui permet au Gouvernement d'être juge et

partie dans les nombreuses réclamations élevées contre lui... » (1).

Il faut donc renoncer à nous présenter les auteurs de la Réforme judiciaire comme des juristes pointilleux qui auraient été incapables de concevoir que l'on pût concilier avec la souveraineté de l'Etat la soumission à la compétence des tribunaux mixtes des litiges soulevés par le jeu des actes d'autorité de l'administration. La règle de compétence juridictionnelle qu'ils ont posée dans l'article 11 du *R. O. J.* s'explique suffisamment d'elle-même (2). Cet article doit être pris dans sa teneur littérale.

Il a pour but de dire ce qu'il dit effectivement, et rien de plus : à savoir que tous les procès soulevés

(1) *Procès-verbaux de la Commission internationale instituée pour l'examen des propositions du Gouvernement égyptien tendant à réformer l'administration de la justice en Egypte*. Alexandrie, Mourès et C^{ie}. Séance du 28 octobre 1869.

(2) Aussi les magistrats des tribunaux mixtes, loin d'y voir avec M. Péliissié du Rausas une singularité quelque peu mystérieuse du droit égyptien, considèrent-ils volontiers cette règle de compétence comme l'application du droit commun législatif de l'heure présente. Cette conviction s'affirme avec une particulière netteté au travers d'une décision relativement récente et que nous aurons à plus d'une reprise l'occasion de critiquer au point de vue du fond : le jugement du tribunal mixte du Caire du 21 mai 1912, dans l'affaire de la Société des oasis d'Héliopolis contre le Gouvernement. La partie de l'exposé des motifs qui y est consacrée à l'examen de l'exception de l'incompétence soulevée par le Gouvernement du chef de l'article 11 (B. L. J. XXV, p. 338-339), après avoir rappelé que, sans pouvoir interpréter un acte d'administration ou en arrêter l'exécution, les tribunaux mixtes sont toujours compétents pour juger les atteintes portées par cet acte à un droit acquis d'un étranger, fortifie cet argument de texte par la considération suivante : « Que d'ailleurs il convient.... de faire ressortir que le principe édicté dans ladite disposition n'est nullement un principe particulier pour les Codes mixtes, mais au contraire un principe bien connu dans les législations et les jurisprudences des pays civilisés ».

par l'activité administrative sont de la compétence juridictionnelle des tribunaux mixtes — quand les réclamants sont de nationalité étrangère — et de la compétence législative du droit des Codes. Pour atteindre ce résultat, qui apparaissait aux négociateurs de la Réforme en harmonie avec le droit commun européen, il n'était besoin ni de détours, ni de subterfuges.

De cette constatation de principe nous pouvons dégager immédiatement trois conséquences importantes :

64. *Première conséquence.* — La règle de compétence législative qui découle de la règle de compétence juridictionnelle contenue dans l'article 11 — attribution de compétence au droit civil, pour le règlement des litiges entre administrations publiques et administrés — ne signifie pas, comme le pense M. Pélassié du Rausas, que l'Etat égyptien soit réduit dans ses rapports avec les étrangers au rôle d'un simple particulier ; qu'il ne puisse exercer vis-à-vis d'eux que les facultés juridiques qui appartiennent aux citoyens dans leurs rapports entre eux ; qu'il lui soit interdit de faire usage envers eux de ses pouvoirs de commandement ; que tous ses actes d'autorité doivent être considérés au regard des étrangers *comme nécessairement arbitraires* (1) ; que ses relations avec eux ne puissent être régies que par les règles des contrats ou des délits, et jamais par des règles propres aux actes de la puissance publique. La soumission de l'Etat égyptien au droit civil, pas plus que la soumission des gouvernants anglais à la *common law* et à l'*equity*,

(1) C'est la formule qu'emploie M. PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 481. Nous aurons plus loin l'occasion de la critiquer plus attentivement.

n'impliquent ni l'abdication pour eux des prérogatives indispensables à l'accomplissement de leurs fonctions sociales, ni la renonciation au droit de donner aux administrés les ordres nécessaires pour assurer la marche régulière de l'administration. Elle signifie seulement que les formes dans lesquelles doivent se présenter, que les limites que doivent respecter, que les effets que sont appelés à produire, d'une part les manifestations de l'activité individuelle des particuliers, et d'autre part, l'activité étatique des gouvernants, ne sont pas réglés, comme en France, par deux législations parallèles et s'ignorant l'une l'autre, mais par un seul corps de lois qui, sans doute, s'inspire toujours des mêmes tendances générales, mais qui ne peut pas ne pas tenir compte des différences de nature, de forme et d'intensité qui différencient les actes de la puissance publique de ceux des particuliers et qui ne prétend pas nécessairement obliger à se couler dans le même moule juridique des opérations qui n'ont, ni le même but social et économique, ni le même mécanisme pratique de réalisation.

Soumettre l'Etat à la domination du droit civil, ce n'est pas lui interdire d'employer d'autres formes d'action juridique que celles qui sont ouvertes aux simples citoyens — l'activité de l'Etat se différencie toujours plus ou moins profondément, non seulement dans ses manifestations extérieures, mais surtout dans ses fins, de celle des particuliers, — cela veut dire simplement que c'est à cette même loi commune, qui a déjà compétence pour régler les effets des contrats et des délits, des droits réels et des droits de créance, qu'incombe la mission d'arbitrer et de fixer les conséquences, nécessairement diverses, qui s'attachent, d'une part, aux actes contractuels ou délic-

tuels des particuliers et, de l'autre, aux actes de commandement de la puissance publique ; cela signifie que c'est le droit civil et non pas, comme en France, un droit d'exception, qui est chargé de faire respecter les prérogatives nécessaires à l'Etat pour la poursuite de ses fins naturelles et d'en assurer la conciliation avec les droits des particuliers.

Il est vrai que les prérogatives naturelles de la puissance publique ne peuvent pas fonctionner en Egypte avec la même ampleur et la même liberté d'allures que dans les autres pays — comme les nations anglo-saxonnes — qui appliquent, au solutionnement des litiges d'ordre administratif, le même régime de soumission à la *common law*. Mais les gênes et les entraves auxquelles se heurte trop souvent en Egypte l'exercice de ces prérogatives ne sont pas le résultat de la règle de compétence législative issue de l'article 11 ; elles sont dues uniquement aux règles de droit capitulaire qui, dans l'intérêt des Européens établis en Egypte et des protégés de puissances étrangères, ont fait une série de brèches dans la souveraineté territoriale de l'Etat égyptien. Peut-on, en bonne méthode scientifique, prendre prétexte de ces limitations apportées par les capitulations à la souveraineté de l'Etat égyptien pour en conclure à l'inexistence de cette souveraineté ? Non. Et ce n'est certainement pas, nous venons de le démontrer, l'article 11 qui peut fournir argument valable pour transformer en règle ce qui, dans le droit des capitulations, apparaît comme l'exception et permettre de dénier d'une façon générale au Gouvernement égyptien, dans ses relations avec les Européens, le droit d'administrer et son corollaire nécessaire, le pouvoir d'émettre des commandements en matière administrative, commandements juridiquement

obligatoires, et s'imposant au respect des tribunaux dans la mesure où ils sont conformes à la légalité.

Nous ne sommes pas autorisé, dès lors, à conclure, comme le fait M. Péliissié du Rausas, de la règle de compétence législative de l'article 11, que la responsabilité de la puissance publique ne peut normalement en Egypte être engagée que par les mêmes causes qui engagent la responsabilité des particuliers, par des contrats ou par des délits ou quasi-délits (1). Car la soumission au droit civil n'empêche pas le Gouvernement de manifester son existence et sa vitalité par des actes juridiques qui ne sont ni des contrats, ni des délits, ni des quasi-délits, et il y a lieu de rechercher pour ces actes unilatéraux de la puissance publique aussi bien que pour les contrats, aussi bien que pour les actes délictuels des administrateurs, dans quels cas et dans quelle mesure ils sont susceptibles de faire naître à la charge des administrations, à raison de leurs conséquences dommageables pour les particuliers, des obligations à réparation ou à indemnité. Le problème se pose tout aussi nettement dans les pays soumis, comme l'Egypte, au régime du droit commun, que dans les pays où règne le système du droit administratif, au sens technique et français du mot.

Nous ne saurions trop insister sur cette première conséquence. Car c'est sa méconnaissance qui a amené M. Péliissié du Rausas à édifier les diverses théories que nous aurons à combattre dans la suite de notre travail. Nous saisissons ici l'origine première de tous les dissentiments d'ordre doctrinal qui nous séparent de l'éminent directeur de l'Ecole française de droit.

(1) *L. c.*, p. 467.

65. *Seconde conséquence.* — Il résulte de l'étude que nous venons de faire que les principes de compétence juridictionnelle et de compétence législative qui ont permis le développement, dans la jurisprudence des tribunaux de la Réforme, d'une théorie très libérale et très extensive de la responsabilité de l'Etat, ne constituent pas — sauf dans la mesure où ils subissent la réaction de la disposition de l'article 9 du *R. O. J.* — des privilèges spécialement réservés aux étrangers; que la soumission des administrations publiques à la juridiction et à la législation de droit commun est établie dans l'intérêt de tous les habitants de l'Egypte, indigènes ou ressortissants d'Etats étrangers. D'autre part, la législation civile qu'appliquent les tribunaux indigènes étant, depuis 1883, calquée, sauf quelques modifications secondaires, sur les codes des tribunaux mixtes et reflétant les mêmes idées directrices, il semble bien que logiquement les deux jurisprudences, qui fonctionnent côte à côte dans notre pays, auraient dû aboutir, sinon à des réglementations de la responsabilité de la puissance publique conformes l'une à l'autre jusque dans les détails, du moins à des réglementations inspirées du même esprit général; que, pour justifier rationnellement l'existence d'oppositions de vues ou de tendances entre elles, il faudrait démontrer — nous comptons bien prouver le contraire — qu'il existe sur ce point, dans les lois organiques des deux sortes de juridictions, des textes non pas seulement dissemblables, mais nettement contradictoires. Ce sont là constatations dont nous devons tenir compte pour apprécier exactement la portée et les chances de persistance des divergences d'orientation que nous relèverons entre nos deux corps de jurisprudence.

66. *Troisième conséquence.* — Si l'explication que donne M. Péliissié du Rausas de la règle de compétence législative de l'article 11 était exacte, les juristes égyptiens devraient renoncer à l'espoir d'arriver à élaborer pour l'usage de leur pays l'équivalent de ce qu'on appelle en France la science du droit administratif, c'est-à-dire un ensemble de doctrines aptes à assurer l'organisation légale de l'action administrative et à donner aux rapports entre administrations et particuliers une réglementation présentant les caractères de permanence relative et de généralité qui constituent les traits distinctifs du régime de la légalité. Il est bien évident, notamment, que nous ne pourrions pas nous attendre à rencontrer des matériaux utilisables, pour l'accomplissement de cette tâche doctrinale, dans la jurisprudence des tribunaux mixtes — d'ordinaire pourtant plus développée et plus nourrie que celle des tribunaux indigènes — si l'opinion avait prévalu dans la pratique judiciaire que, tous les actes administratifs proprement dits étant dénués de valeur aux yeux des ressortissants et protégés des puissances, les tribunaux investis de la mission de défendre les droits des étrangers doivent se comporter comme s'ils ignoraient l'existence de ces actes de puissance publique (1). C'est parce que les tribunaux de la Réforme ont eu la sagesse d'adopter une toute autre règle de conduite que leur jurisprudence nous offre dès aujourd'hui les ressources suffisantes pour nous permettre d'aborder par le point de vue égyptien l'étude d'une partie des problèmes qui forment en France l'objet propre de cette branche particulièrement vivante du droit public qu'est le contentieux administratif (2).

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, p. 466.

(2) M. HAURIOU, *Droit administratif*, 7^e édition, p. 932, a pu écrire : « En fait, c'est grâce au contentieux que le droit administratif français s'est développé ».

Nous ne prenons pas ces mots « droit administratif », « contentieux administratif », dans l'acception étroite-ment technique que leur donne la terminologie scientifique française, en les employant, le premier comme formant contraste avec l'expression « droit civil », le second pour désigner l'ensemble des litiges réservés à la connaissance des tribunaux administratifs. Ce sont là notions qui n'ont pas cours en Egypte. Mais les questions d'organisation administrative et les problèmes d'équilibre entre les intérêts collectifs et les intérêts individuels s'imposent avec la même énergie en tous pays à l'attention de la science juridique. Si on ne les envisage pas comme la matière d'une branche distincte du droit, il faut bien, toutefois, les considérer comme formant l'objet d'un chapitre original du droit civil ou du droit commun. On peut donc dire, avec M. Goodnow, « que le droit administratif, en employant les mots dans leur sens propre, existe et doit exister dans tous les pays qui ont atteint un développement politique digne de ce nom » (1). Et, de même, dans toutes les sociétés modernes — dans celles qui soumettent la puissance publique à la juridiction des tribunaux de droit commun aussi bien que dans celles qui organisent un système particulier de justice administrative — apparaissent nécessairement des types de conflits entre administrations et administrés qui, surgissant à l'occasion et par suite de l'exercice des pouvoirs de commandement de l'autorité publique, mettent en jeu d'autres principes que ceux qui servent à résoudre les conflits entre particuliers; c'est cette catégorie spéciale de litiges que Laferrière

(1) *Les principes du droit administratif des Etats-Unis* (édition française), p. 5.

désigne sous le nom de contentieux administratif *par nature*, par opposition au contentieux administratif *par détermination de la loi* (1). C'est en ce sens qu'on peut dire que la réglementation du contentieux administratif — ou si l'on veut éviter toute confusion, du contentieux des actes administratifs — est l'un des problèmes que doivent résoudre, pour assurer la protection intégrale du droit individuel, les législations ou les jurisprudences de tous les pays civilisés.

Ces principes de droit et de contentieux administratifs, dont l'édification est nécessaire pour permettre à une société de franchir définitivement le stade de l'organisation policière et de réaliser chez elle le règne de la loi, n'ont de valeur qu'à la condition de s'imposer également au respect des administrés et des administrateurs. C'est les condamner à la plus complète stérilité qu'affirmer, avec la doctrine que nous venons de combattre, que ces principes, quels qu'ils puissent être, sont dénués d'avance de toute force d'obligation pour une portion importante de la population de l'Égypte, non seulement pour les Européens, mais aussi — ce qui serait beaucoup plus grave — pour ceux de nos co-nationaux qui jouissent héréditairement de la protection d'une puissance étrangère.

(1) LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, I, p. 7 et suiv. Si la distinction des deux sortes de contentieux administratif a évolué et est devenue quelque peu litigieuse depuis Laferrière, cela tient à ce qu'elle est surtout utilisée en France pour définir l'étendue normale de la compétence des tribunaux administratifs, et que celle-ci a été l'objet dans ces dernières années d'une profonde transformation. Mais envisagée objectivement, et non plus comme une méthode de délimitation des compétences, la définition donnée par Laferrière au contentieux administratif *par nature* conserve toute sa valeur.

De tels résultats suffiraient à eux seuls à condamner l'interprétation donnée par M. Pélassié du Rausas à la règle de compétence législative qui découle de l'article 11. Cette interprétation est dénuée de fondement et ne saurait résister à un examen sérieux. Nous en sommes désormais débarrassé; nous savons quelle est la signification réelle de cette partie de l'article 11.

Nous allons donc pouvoir aborder utilement l'étude des indications que cet article, envisagé dans sa formule primitive, dans sa rédaction antérieure à 1900, fournissait déjà sur la nature et l'étendue de la responsabilité de l'Etat.

LIVRE III

La Disposition de fond

de

l'Article 11 primitif

LIVRE III

La Disposition de fond de l'Article 11 primitif

67. La formule employée par l'article 11 du *R. O. J.* pour définir les pouvoirs accordés aux tribunaux en ce qui concerne l'appréciation de la responsabilité des administrations publiques jouit, dans la doctrine égyptienne, d'une renommée — à notre avis tout à fait imméritée — d'imprécision et d'obscurité.

C'est dans l'histoire des travaux préparatoires de la Réforme qu'il faut chercher l'origine et l'explication de ce renom légendaire d'obscurité.

Avant même que notre texte n'entrât en vigueur, pendant la dernière étape des négociations — celle qui va de février 1875 à la date de l'approbation donnée par le Parlement français à l'établissement du nouveau régime — des discussions assez vives se sont, en effet, élevées entre le Gouvernement égyptien et le Gouvernement français sur la détermination du sens et de la portée de l'article 11. Les pourparlers relatifs à ce sujet forment même

le principal objet de la correspondance diplomatique rassemblée dans le Livre jaune de novembre 1875. Au cours de ces conversations, parfois fort laborieuses, le gérant du Consulat général de France à Alexandrie, M. Pélissier de Reynaud, écrivait notamment dans une lettre du 31 mai 1875 adressée au Ministre de la Justice égyptien, Chérif Pacha :

« L'article 11 du règlement organique (titre I), *sous une forme vague et compliquée*, paraît interdire aux tribunaux mixtes tout empiètement sur le domaine du droit administratif. Mais, au lieu de formuler un énoncé de principe et de décider qu'ils devront, dans tous les cas, se déclarer incompétents, ce texte se borne à édicter qu'ils ne pourront ni interpréter, ni arrêter l'exécution d'une mesure administrative. *En présence de cette rédaction, des doutes se sont élevés.....* Il importe donc aujourd'hui, au moment où l'installation des tribunaux est si prochaine, *de fixer le sens de ce texte* et de *prévenir* ainsi, avant la mise en vigueur de la nouvelle législation, *des dissentiments* qu'une interprétation erronée ne manquerait pas de soulever » (1).

(1) *Documents diplomatiques. Livre jaune de novembre 1875*, p. 12 et 13. On pourrait, au premier abord, être tenté de tirer de ce document des conclusions opposées à celles que nous avons dégagées de la note remise par M. Tricou au nom de ses collègues français à la conférence internationale de 1869, note que nous avons invoquée pour montrer que les négociateurs français n'ont jamais pensé que l'attribution aux tribunaux de l'ordre judiciaire de réclamations dirigées contre la puissance publique pût apparaître comme une monstruosité juridique, inconciliable avec le principe de la séparation des pouvoirs. Dans la lettre de M. Pélissier de Reynaud, comme dans la plupart des documents de provenance française qui l'encadrent dans le Livre jaune de novembre 1875, on remarque une antithèse constamment poursuivie entre les ma-

Le même jugement peu flatteur reparait sous la plume du duc Decaze, d'abord dans une dépêche du 19 juin 1875 (1), puis dans une circulaire aux agents diplomatiques de la France près des grandes puissances en date du 1^{er} juillet 1875 (2) où, après avoir reproduit le dispositif de l'article 11 et avant d'exposer les divergences d'interprétation qui se sont élevées entre la France et l'Égypte, le Ministre des Affaires étrangères français croit devoir remarquer « que la rédaction de ce texte est à la vérité assez obscure ».

68. Il suffit de lire dans son ensemble la correspondance franco-égyptienne de l'année 1875 — dont nous aurons plus tard l'occasion de dépouiller les éléments essentiels — pour s'apercevoir que l'accusation de complication et d'obscurité, subitement lancée du côté français à partir de février 1875, contre la disposition de l'article 11 — qui, pendant les discussions, assez minutieuses pourtant, des années 1873 et 1874, n'avait pas soulevé d'objections et paraissait dès lors tacitement acceptée — n'est autre chose qu'une querelle de tendances, qu'un expédient

tières de droit civil et de droit commercial, d'une part, dont on ne contestait pas l'attribution aux tribunaux de la Réforme, et d'autre part, les questions de droit administratif que la France aurait, à ce moment, voulu voir soustraire à la connaissance de la nouvelle juridiction dont, en dépit de toutes les précautions prises pour en garantir l'impartialité, elle continuait à se méfier. Mais, si elle désirait que cette catégorie de litiges fut enlevée aux tribunaux mixtes, ce n'était évidemment pas pour les laisser juger par des tribunaux administratifs qui lui eussent inspiré une suspicion beaucoup plus méritée que les nouveaux tribunaux judiciaires; c'était pour assurer le maintien de la vieille forme de règlement, si incommode, par la voie diplomatique.

(1) Livre jaune, de novembre 1875, p. 17.

(2) Livre jaune de novembre 1875, p. 18-21.

diplomatique employé par des négociateurs qui, apercevant subitement les inconvénients d'un texte qu'ils avaient laissé passer sans discussions, cherchaient à défaire indirectement, sous prétexte d'interprétation, ce qu'ils avaient antérieurement consenti à faire ou à laisser faire. Le texte de l'article 11, jusque-là jugé satisfaisant, devient brusquement une disposition vague et compliquée, le jour où le Gouvernement français veut à tout prix éluder une des conséquences qui découlent le plus directement et le plus naturellement de sa formule, l'attribution d'une compétence exclusive aux tribunaux mixtes pour connaître des atteintes portées aux privilèges des Européens en matière fiscale, et surtout la substitution de la voie judiciaire à la voie diplomatique qui en serait le corollaire inévitable. Celle des parties à la négociation qui se rend compte tout à coup, au début de 1875, que l'article 11 consacre en termes fort clairs un résultat qui lui est désagréable, s'empresse tout naturellement d'incriminer la rédaction de cet article et l'accuse d'avoir mal traduit la pensée commune des futurs contractants. Certes, l'article 11 devenait singulièrement obscur dans l'interprétation, un instant esquissée par les négociateurs français de 1875 et qui tendait à lui faire dire exactement le contraire de ce qu'il dit. Mais, nous le verrons bientôt, cette interprétation n'a pas triomphé et ceux-là même qui l'avaient inventée, comme un moyen de combat diplomatique, se sont empressés de l'abandonner en échange des concessions, en matière de contentieux de l'impôt, qu'elle avait pour but d'arracher au Gouvernement égyptien. Les critiques de M. Pélissier de Reynaud et du duc Decaze ne visent donc pas le véritable article 11, tel que l'avaient conçu ses rédacteurs et tel qu'il est sorti du travail définitif des négocia-

tions de la Réforme, mais l'interprétation, nettement tendancieuse, qu'ils avaient eux-mêmes un instant donnée à cet article, dans le but de l'accommoder à leurs vues et à leurs préoccupations de tactique diplomatique.

69. C'est le souvenir de ces incidents — pourtant sans signification durable — des travaux préparatoires qui, en se perpétuant par l'intermédiaire du Livre jaune de novembre 1875, a créé et propagé cette légende d'obscurité quasi impénétrable de l'article 11 que les commentateurs français de la Réforme judiciaire se sont pieusement transmise de main en main, et dont nous retrouvons encore le dernier écho dans la seconde édition du livre de M. Péliissié du Rausas, qui écrit : « Avant la Réforme de 1900, la disposition de l'article 11 avait la réputation d'être, de toutes les dispositions du règlement d'organisation judiciaire, la plus obscure et la plus confuse; la Réforme de 1900 n'est certainement pas de nature à lui enlever cette réputation » (1). « Essayons cependant, ajoute-t-il, de donner de cette disposition une explication qui soit tout à la fois rationnelle et conforme aux principes généraux du droit capitulaire que, nous le savons, les organisateurs de la Réforme judiciaire ont entendu maintenir » (2).

Les précautions oratoires que M. Péliissié du Rausas croit nécessaire de prendre, avant d'indiquer à ses lecteurs comment il se représente le mécanisme théorique et pratique de notre article, montrent assez que, sur la foi de la mauvaise renommée faite à cette disposition par les négociateurs français de 1875, il considère l'article 11 comme renfermant nécessairement une énigme que seuls des

(1) *L. c.*, II, p. 464-465.

(2) *L. c.*, II, p. 465.

jurisconsultes très exercés peuvent aspirer à déchiffrer tant bien que mal, et que, pour cette raison, il est prêt d'avance à rejeter toute explication simple et littérale qui aurait le tort de dissiper l'auréole de mystère dont on s'est plu à entourer notre texte et de le faire apparaître comme l'une de ces dispositions de lois courantes et banales, dont les détails d'application peuvent sans doute soulever des difficultés nombreuses, mais dont l'idée directrice, tout au moins, se dégage aisément, sans le secours de commentaires savants, de la simple lecture de son dispositif. M. Pélassié du Rausas a été ainsi amené, par la préoccupation d'apporter un peu de lumière dans un texte, qui est en réalité parfaitement clair, mais qu'il se représente comme obscur entre tous, à élaborer non pas une, mais deux interprétations parallèles de l'article 11, l'une principale, l'autre subsidiaire qui, si elles étaient exactes, justifieraient amplement la réputation de complication et d'obscurité de notre texte, en en faisant sortir des conclusions que sa teneur littérale ne permet pas même d'entrevoir.

70. Les explications proposées par M. Pélassié du Rausas ont été accueillies sans discussion dans la plupart des ouvrages de langue française qui, depuis la première édition de son livre, ont été consacrés à l'analyse de la Réforme judiciaire et qui, d'ailleurs, ne font guère pour la plupart que monnayer ou développer sur des points secondaires l'œuvre scientifique de l'éminent directeur de l'Ecole française de droit (1). Quoiqu'il s'agisse là de théo-

(1) Nous visons surtout ici l'abondante littérature de thèses de doctorat en droit dont le régime des Capitulations en Egypte a formé l'objet. Au contraire, nous devons signaler, comme échappant complètement au courant particulier d'idées doctrinales représenté par M. Pélassié du Rausas, les travaux, toujours originaux et documentés, que M. Vercamer a consacrés à la matière.

ries qui sont de nature, par leurs résultats, à séduire moins que tous autres les juristes de nationalité égyptienne, nous les retrouvons cependant reproduites, sans doute comme des articles de foi qu'on regrette de ne pouvoir combattre, sous la plume même de quelques-uns de nos compatriotes les plus avertis, comme M. Baha ed din Barakat (1). Elles représentent à l'heure actuelle non pas seulement l'opinion dominante, mais la seule opinion répandue dans la doctrine, d'ailleurs très

(1) BAHÀ ED DIN BARAKAT, *Des privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte vis-à-vis des autorités locales*, thèse, Montpellier, p. 295-296, 300 et 314. L'auteur de cette très consciencieuse étude donne même une formule particulièrement rigoureuse à la théorie principale de M. Péliissié du Rausas. « En dehors des droits qui lui sont reconnus, écrit-il, soit par des traités, soit parce que l'usage ne s'est pas formé dans le sens de soustraire le droit d'administration au Gouvernement égyptien, *celui-ci n'a aucun droit sur l'étranger* », p. 294. La formule n'est que trop claire : elle pose en principe que le droit d'administration n'appartient pas au Gouvernement égyptien par rapport aux étrangers, et que, par conséquent, les actes administratifs des autorités locales ne peuvent être opposables aux bénéficiaires des capitulations qu'exceptionnellement : 1^o soit en vertu d'un texte formel des capitulations; 2^o soit en vertu d'une coutume internationale. Plus loin l'auteur écrit : « *En dehors des droits reconnus à l'Etat par les conventions et l'usage, le Gouvernement égyptien ne peut exercer son droit d'administration qu'autant que son exercice ne cause aucun dommage à un étranger* », p. 295. Enfin, dans sa conclusion, appréciant et critiquant le régime d'organisation judiciaire créé en 1875, il dit : « On avait laissé intacte l'ancienne règle selon laquelle tout étranger jouit d'une *immunité complète en matière administrative et pénale* », p. 300. Ces affirmations qui érigent en principe, comportant seulement des exceptions en nombre limité, la dénégation de la souveraineté territoriale du Gouvernement égyptien, par rapport aux étrangers établis dans le pays et aux protégés de puissances étrangères, sont d'autant plus significatives qu'elles se rencontrent dans l'une des plus récentes productions de notre littérature indigène. Cela en dit long sur la puissance de propagation des théories de M. Péliissié du Rausas, et explique assez la préoccupation que nous avons de ne laisser aucun de ses arguments sans critique et réfutation.

pauvre, du droit égyptien (1). Elles ont même réussi à pénétrer — par l'action réflexe des habitudes acquises bien plutôt, il est vrai, que d'une façon voulue ou consciente — dans des documents de nature semi-officielle, comme le *Manuel de Droit public et administratif* que nos autorités scolaires ont fait rédiger, pour les besoins de l'enseignement public, par un professeur de l'école khédiviale de droit, M. Lamba. Et ce n'est pas l'un des moindres paradoxes de notre littérature juridique actuelle que des formules qui résument la quintessence des théories de M. Péliissié du Rausas aient pu se glisser jusque dans les rubriques d'un ouvrage que notre imprimerie nationale a édité pour le compte du Gouvernement égyptien et qui, tant par la mention de provenance « Ministère de l'Instruction publique » que porte sa couverture que par les revendications de propriété littéraire que formule sa première page, paraît vouloir communiquer une sorte de garantie d'orthodoxie administrative aux opinions qui y sont exposées (2).

(1) Aussi ces théories sont-elles encore présentées comme allant de soi et n'ayant besoin d'aucune démonstration dans la plus récente des études dont l'article 11 ait été l'objet : celle de M. Georges BLANCHARD, *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien. — A propos du procès entre le Gouvernement et la Société « The Cairo electric railway and Helio-polis Oases Company »*. Extrait de la *Revue générale de droit international public*, 1913, XX, p. 443 et suiv.; 456 et suiv.

(2) LAMBA, *Droit public et administratif de l'Egypte*. Boulac, Imprimerie nationale, 1909. Nous nous bornerons à relever, en tête de l'un des deux paragraphes que ce manuel consacre en appendice à l'étude de la condition juridique des étrangers en Egypte, cette rubrique écrite en gros caractères : « Les étrangers sont en principe affranchis de l'administration égyptienne ». Cette formule beaucoup trop simpliste paraît, au premier abord, impliquer adhésion sans réserves aux doctrines intransigeantes de M. Péliissié du Rausas. Mais il y a tout lieu de croire qu'elle dépasse la pensée réelle de l'auteur. Car des idées plus tempérées sont ensuite développées sous cette rubrique de combat.

Nous ne pouvons même pas nous dissimuler, quelque paradoxale que puisse nous paraître cette constatation, que les doctrines de M. Péliissié du Rausas ont parfois réussi à forcer l'accès, sinon du corps même des rapports annuels de l'Agent et Consul général du Gouvernement britannique en Egypte, du moins de documents annexés à quelques-uns des plus attentivement rédigés d'entre les *Blue Books* de lord Cromer. Il nous suffira de citer à cet égard un exemple, le plus significatif de tous il est vrai. Il nous est fourni par une note, fort savante et très étudiée, de M. le conseiller khédivial, W. E. Brunyate que lord Cromer, qui la déclare « intéressante et habilement conçue » et « la recommande d'une façon toute particulière à l'attention de tous ceux qui s'intéressent aux affaires d'Egypte » (1), a incorporée, comme première annexe et principale pièce justificative, dans le célèbre rapport annuel où, au lendemain de la conclusion de l'accord anglo-français du 8 avril 1904, il jetait auprès de l'opinion publique égyptienne, et surtout de l'opinion des colonies européennes d'Egypte, un premier et timide coup de sonde en faveur de l'abrogation des Capitulations. On relèvera, dans cet important document, deux passages (2) où M. Brunyate semble bien s'inspirer de l'un

(1) *Blue Book* de 1904, traduction française officielle de l'Imprimerie nationale de Boulac, p. 9.

(2) *Blue Book* de 1904, trad. française, annexe I, p. 121 et suiv. Parlant des obstacles que les Capitulations apportent à l'administration générale du pays et des moyens qu'il conviendrait d'employer pour améliorer le mécanisme administratif existant, M. Brunyate écrit, à la page 127 : « Deux conditions semblent être essentielles, si l'on veut accomplir quelque chose d'utile. La première est que, *au lieu de partir, comme à présent, du principe en vertu duquel rien ne peut être fait sans le consentement des puissances, à l'exception de certaines choses qui peuvent se passer de ce consentement* (par

des éléments les plus caractéristiques du système de M. Péliissié du Rausas, la théorie de l'immunité de législation administrative, et qui pourraient même faire croire qu'il s'approprie aussi une seconde opinion de cet auteur, qui serait beaucoup plus inquiétante encore que la précédente pour l'avenir administratif de notre pays, s'il était possible qu'elle passât du domaine de la spéculation dans celui de la pratique, et qui constitue d'ailleurs le lien central entre toutes celles des doctrines de cet écrivain que nous devons successivement discuter et combattre : à savoir l'affirmation que l'incapacité serait pour l'Etat égyptien la règle, et la capacité l'exception, en ce qui concerne l'aptitude à exercer les prérogatives de la puissance publique à l'égard des étrangers établis en Egypte.

Mais il est très vraisemblable que, dans ces deux passages, l'expression a dépassé le but visé et la portée voulue par l'auteur de la note et que, tout en reproduisant les formules stéréotypées que l'influence de M. Péliissié du Rausas a popularisées dans notre doctrine et qui, dans la pensée de ce dernier, définissent des situations de droit, M. Brunyate n'a entendu les prendre que dans un sens approximatif ou imagé, et en se référant à la situation de fait créée par la diversité des privilèges capitulaires et par le trop grand nombre des obstacles que ces

exemple la promulgation des règlements de police avec l'approbation de la Cour mixte), *on devrait partir du principe général que le Gouvernement a le droit de faire des lois!...* » Et, plus loin, p. 129, mettant en parallèle la législation pénale et la législation administrative, l'auteur reprend incidemment le développement de la même idée dans les termes suivants : « De là l'importance, déjà envisagée dans la partie se référant à la loi administrative, de procéder par voie de limitations expresses, plutôt que par voie de greffage de petits pouvoirs partiels sur l'incompétence générale résultant des Capitulations ». ».

privilèges apportent à l'exercice de la souveraineté et des pouvoirs administratifs de commandement de l'Etat égyptien (1). En tous cas, en dépit de l'approbation, d'ailleurs purement littéraire et doctrinale, donnée par lord Cromer à l'ensemble de cette note, les idées qui y sont exprimées n'ont que la valeur d'opinions individuelles. Elles ne sauraient être interprétées comme l'indice d'une adhésion donnée par les représentants officiels de la Grande-Bretagne en Egypte — et *a fortiori* par l'autorité khédiviale qui ne peut pas être engagée par les avis de ses conseillers judiciaires — soit à la théorie de l'immunité de législation administrative, soit à la conception, très particulière, de la condition juridique de l'Egypte, qui n'admet la participation de l'Etat égyptien aux prérogatives de la souveraineté, au point de vue des rapports internationaux, que dans les cas et dans la mesure où elle résulte d'une concession expresse des puissances. Ce serait en vain que l'on chercherait à tirer de cette note de 1904 des arguments en faveur du système de M. Péli-sié du Rausas. Mais les passages que nous venons d'y souligner nous montrent, tout au moins, que les doctrines que nous allons avoir à combattre pendant toute la suite de ce volume sont arrivées dans notre littérature juridique à un degré de vulgarisation tel que ceux-là même des juristes qui, par leur situation administrative et par la nature des intérêts collectifs dont ils ont la garde, sembleraient devoir en être les contradicteurs naturels, se laissent instinctivement entraîner à en reproduire les conclusions.

(1) C'est du moins ce que nous croyons pouvoir induire des explications données au bas de la page 125 et surtout dans la note de cette page.

Mais, en revanche, et fort heureusement, ces doctrines trop ingénieuses n'ont pas pénétré dans la pratique des tribunaux mixtes, dont les décisions paraissent généralement s'inspirer d'une interprétation de l'article 11 qui n'est pas seulement plus simple, plus en harmonie avec la lettre du texte et l'histoire de ses travaux préparatoires, mais qui a surtout le mérite de conduire à des résultats infiniment plus satisfaisants au point de vue social. Avant d'aborder l'analyse de cette interprétation jurisprudentielle, et pour ne pas risquer de nous laisser entraîner à l'erreur par une confiance insuffisamment réfléchie dans la solidité légale des constructions de la pratique judiciaire, il convient d'examiner préalablement ce que valent les conceptions fort différentes qui ont actuellement cours dans la doctrine. Nous consacrerons donc le premier titre du présent livre à la critique de l'interprétation de l'article 11 que préconise M. Pélessié du Rausas, et ce sera seulement dans un second et dernier titre que nous nous efforcerons de dégager les lignes essentielles de l'interprétation jurisprudentielle de notre texte.

TITRE I

L'Interprétation
de
M. Pélissié du Rausas

TITRE I

L'Interprétation de M. Pélessié du Rausas

71. BIBLIOGRAPHIE. — PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *Le régime des Capitulations dans l'empire ottoman*, II, p. 401 et suiv. — *Documents diplomatiques. Livres jaunes* de novembre 1869, de janvier 1875, de novembre 1875, et *Affaires d'Egypte*, 1884-1893, p. 392 et suiv. — *Recueil des conventions et protocoles relatifs à la Réforme judiciaire*, Le Caire, imprimerie nationale, 1887. — *Procès-verbaux de la Commission internationale* de 1869, Alexandrie, Mourès et C^{ie} (séance du 15 décembre 1869). — *Blue Book* de 1897, p. 19 et suiv. — BORELLI-BEY, *Législation égyptienne annotée*, introduction. — VERCAMER, *La juridiction mixte et ses attributions législatives*, Bruxelles, 1911, p. 85 et suiv., et *Des franchises diplomatiques et spécialement de l'exterritorialité*, Bruxelles, 1891. — LAMBA, *Evolution de la condition juridique des Européens en Egypte*, thèse, Paris, 1896, et *Droit public et administratif de l'Egypte*. Le Caire, imprimerie nationale, 1909, p. 569-584. — DE HULTS, *Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien*, Chambéry, 1908, I, v^o. *Compétence*. — FÉRAUD-GIRAUD, *De la juridiction française dans les Echelles du Levant*, 2^{me} édition; 1866, introduction et fin du tome I. — PIETRI, *Etude critique sur la fiction d'ex-*

territorialité, Paris, Rousseau, 1895. — GAVILLOT, *Essai sur les droits des Européens en Turquie et en Egypte*, Paris, 1875. — DISLÈRE et DE MOUY, *Droits et devoirs des Français dans les pays d'Orient*, 1893, p. 95 et suiv. — *Répertoires Dalloz et Fuzier-Hermann*, v°. *Compétence administrative*. — BLANCHARD, *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien*, dans la *Revue générale de droit international public*, année 1913, XX, p. 433-460.

Cette première interprétation se lie, semble-t-il, fort étroitement — en quelque sorte, comme la conséquence au principe — à la doctrine plus générale de M. Péliissié du Rausas que nous avons rencontrée et combattue dans la première section du présent chapitre. Il se pourrait même que ce soit le désir de préparer et de justifier à l'avance cette première interprétation de la règle de fond de l'article 11 qui ait poussé plus ou moins consciemment l'auteur à élaborer l'explication contournée et compliquée des règles de compétence juridictionnelle et législative posées dans ledit article, que nous venons de réfuter dans les pages précédentes. Les objections que nous avons soulevées contre le principe initial que M. Péliissié du Rausas place à la base de ses doctrines constituent donc déjà des préjugés défavorables à une interprétation de la règle de fond de l'article 11 qui se présente elle-même comme une application du principe en question. Mais, il est possible, après tout, que cette liaison soit factice et que la solution que le savant professeur a commis l'imprudence de rattacher à un principe général, dont l'exis-

tence est des plus douteuses, trouve sa justification dans des motifs indépendants de ce rattachement. Etudions donc cette première interprétation de la disposition de fond de l'article 11 en elle-même, sans lui tenir rigueur d'une parenté compromettante.

Tâchons d'abord de bien la comprendre. Nous la critiquerons ensuite avec plus de fruit.

CHAPITRE I

La formule de cette première interprétation

72. Le lecteur se rappelle que M. Péliissié du Rausas fait sortir tous ses développements sur l'article 11 d'une notion très arrêtée et très spéciale de la séparation des pouvoirs qui, d'après lui, aurait été l'idée directrice du législateur de 1875 : « Indépendance réciproque à l'égard l'un de l'autre du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire, et cela *dans l'intérêt du pouvoir judiciaire*, c'est-à-dire en définitive dans l'intérêt des justiciables étrangers : voilà ce qu'ont voulu les auteurs de la Réforme judiciaire. Pratiquement, *cette indépendance réciproque des deux pouvoirs, conçue et voulue dans l'intérêt du pouvoir judiciaire*, se traduit de la manière suivante : *l'autorité judiciaire n'a pas à connaître des décisions de l'autorité administrative, ni pour interpréter ces décisions, ni pour les apprécier, soit quant au fond, soit quant à la forme, ni pour les appliquer. En d'autres termes, l'autorité judiciaire doit ignorer les décisions de l'autorité administrative, elle n'a pas le droit d'empêcher ou d'arrêter, mais elle n'a pas, non plus, l'obligation d'assurer ou de garantir l'exécution de ces décisions* » (1).

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 465-466.

Dans ce préambule, M. Péliissié du Rausas expose déjà assez clairement la portée de sa thèse, qui se ramène à cette idée que les actes d'administration accomplis par le Gouvernement égyptien sont choses inexistantes au regard de la juridiction mixte, qui ne doit en tenir compte, ni pour s'opposer à leur réalisation, ni pour prêter son concours à leur exécution, et dont le rôle doit se borner à octroyer des indemnités aux ressortissants et protégés de puissances étrangères toutes les fois que le libre développement de leurs facultés légales se trouve, en fait, limité ou contrarié par l'exercice des prérogatives habituelles de la puissance publique. Mais il n'étaye encore ces conclusions que sur l'invocation de la théorie des trois pouvoirs — qui ne cadre ni avec nos institutions politiques de l'heure actuelle ni avec celles du temps de la Réforme — ou plutôt sur une interprétation tout à fait originale de cette notion qui, à notre connaissance, n'a jamais trouvé un crédit sérieux dans aucune des branches nationales de la science occidentale et qui tendrait à envisager la séparation des pouvoirs comme entraînant interdiction pour les divers organes de l'Etat de s'entr'aider et de coopérer sciemment à la même œuvre de défense et de développement des intérêts de la collectivité. S'il s'en était tenu à ces développements préliminaires, nous aurions pu nous borner, pour réfuter cette première thèse, à renvoyer à la démonstration déjà donnée dans le livre précédent. Mais, après avoir analysé, très superficiellement d'ailleurs, quelques-unes des applications que la jurisprudence des tribunaux mixtes a faites de la responsabilité de l'Etat, M. Péliissié du Rausas reprend l'exposé de sa thèse en l'appuyant cette fois sur un argument que nous n'avons pas encore eu l'occasion de discuter. Il vient de dégager

de l'analyse de quelques rares décisions jurisprudentielles une définition, à notre avis, très insuffisamment creusée, de ce droit acquis étranger que les tribunaux mixtes ont la mission de défendre. Et il ajoute :

73. « A ce droit acquis l'Etat égyptien ne peut pas porter atteinte sans engager sa responsabilité civile. *Il importe peu que la mesure administrative dont se plaint l'étranger, soit régulière en la forme, qu'elle émane d'un fonctionnaire compétent, qu'elle soit rendue en conformité avec une loi égyptienne : de cette triple question, la juridiction saisie par l'étranger lésé de l'action en responsabilité contre l'Etat, n'a pas à se préoccuper*; elle doit uniquement rechercher si la mesure dont se plaint l'étranger viole un droit acquis, dans le sens que nous venons d'attribuer à cette expression. Mais nous devons ici prévoir une objection. La réponse que nous ferons à cette objection achèvera, d'ailleurs, de préciser la notion du droit acquis. *Il n'y a pas, peut-on dire, il ne peut pas y avoir de droit acquis contre la loi; comment donc la responsabilité de l'Etat égyptien peut-elle être engagée par une mesure administrative prise en exécution des lois et en conformité avec elles ? D'autre part, toute responsabilité suppose une faute : or, il n'y a pas de faute, et, partant, pas de responsabilité à la charge de l'Etat, si celui-ci, dans l'exercice de son action administrative, s'est conformé aux lois.* Donc, conclura-t-on, il est faux de prétendre que la juridiction mixte, saisie par un étranger d'une action en responsabilité contre l'Etat, n'a pas à examiner la question de savoir si la mesure administrative dont l'étranger se plaint est régulière en la forme, émane d'un fonctionnaire compétent et a été rendue en conformité avec une loi ; cet examen est néces-

saire, puisque du résultat de cet examen dépend l'admission de l'action en responsabilité. L'objection n'est que spécieuse et voici la réponse : *Les lois égyptiennes n'obligent pas les étrangers, ceux-ci bénéficiant, par interprétation des Capitulations, du privilège de l'immunité législative en Egypte. Il résulte de là que les lois égyptiennes sont, par rapport aux étrangers, comme si elles n'existaient pas et que l'Etat égyptien, dans l'exercice de son action administrative vis-à-vis des étrangers, ne peut pas prétendre qu'il exécute ou applique une loi. Tout acte administratif de l'Etat égyptien est, vis-à-vis des étrangers, nécessairement arbitraire et est par conséquent susceptible, s'il en résulte un préjudice pour un étranger, d'engager la responsabilité de l'Etat.* Cela revient à dire que la juridiction mixte, saisie de l'action en responsabilité contre l'Etat, n'a pas à rechercher si l'acte administratif dont se plaint l'étranger demandeur est ou non conforme à la loi. Aussi bien l'article 11 (titre I) du règlement d'organisation judiciaire ne lui impose pas cette recherche; il présuppose même qu'elle n'a pas à la faire » (1).

74. A l'appui de cette dernière affirmation — à savoir que les rédacteurs de l'article 11 ont voulu que les tribunaux mixtes n'aient pas, quand un particulier qui se prétend lésé par un acte administratif leur demande l'octroi de dommages-intérêts, à se préoccuper de la question de savoir si l'acte attaqué est ou non régulier au point de vue de la légalité et de la juridicité, — M. Péliissié du Rausas invoque un argument tiré de la comparaison de l'article 11 du *R. O. J.* avec l'article 15 § 4 du règlement de réorgani-

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, p. 480-481.

sation judiciaire des tribunaux indigènes du 4 juin 1883. Ce dernier texte, dans son § 4, alinéa 2, défère à la connaissance des tribunaux indigènes « toute action en responsabilité civile contre l'Etat à *raison des mesures administratives prises en violation des lois et décrets* ». Cet article, dit M. Péliissié du Rausas, en ce qui concerne les indigènes, subordonne la recevabilité de l'action en responsabilité contre l'Etat, à la condition que la mesure administrative dont se plaint le demandeur ait été prise contrairement aux lois, « ce qui implique bien évidemment, pour le tribunal indigène saisi de l'action en responsabilité, le droit et le devoir d'apprécier la légalité de la mesure administrative...; » « et cette décision de l'article 15 du décret d'organisation des tribunaux indigènes est parfaitement juridique : la loi égyptienne étant naturellement et de plein droit obligatoire pour les indigènes, *l'Etat n'encourt aucune responsabilité si, dans l'exercice de son action administrative vis-à-vis d'un indigène, il a agi conformément à la loi*. Toute autre est la décision de l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire, mais cette décision n'est pas moins logique que la précédente..... L'article 15 du décret d'organisation des tribunaux indigènes prévoit et règle les rapports de l'Etat égyptien avec ses propres sujets, naturellement soumis à toutes les lois qu'il plaît à l'Etat égyptien d'édicter; l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire prévoit et règle les rapports de l'Etat égyptien avec des étrangers sur lesquels l'Etat égyptien n'a aucune puissance législative. La différence des décisions s'explique par la différence des rapports prévus...; celle-là *applique purement et simplement le principe de la souveraineté de l'Etat égyptien sur ses propres sujets, et celle-ci est logiquement déduite du principe*

de l'immunité législative dont, par interprétation des Capitulations, les étrangers bénéficient en Egypte » (1).

75. Parmi les arguments rassemblés dans ce long passage, que nous avons cru devoir reproduire presque intégralement, pour permettre au lecteur de pénétrer par lui-même la pensée de M. Péliissié du Rausas, il en est un, tout d'abord, qui ne mérite certainement pas retenir notre attention. C'est celui qui est tiré du rapprochement de notre texte avec l'article correspondant du décret de réorganisation des tribunaux indigènes. Nous comprenons, à la rigueur, que, de ce fait que le décret de 1883 n'a pas reproduit textuellement la formule du décret de 1875, que ses rédacteurs avaient, ou pouvaient avoir, sous les yeux, on puisse songer à tirer des conclusions en ce qui concerne la détermination des volontés probables du législateur de 1883. Mais nous cherchons vainement à nous expliquer comment un texte rédigé en 1883 pourrait bien nous éclairer sur les intentions du législateur de 1875, et par quels procédés on pourrait arriver à attribuer compétence à la législation indigène pour interpréter les textes de la législation internationale. Ce premier argument n'a sans doute d'autre raison d'être que de donner l'illusion du nombre.

Nous en dirons autant de l'argument emprunté à l'analyse de la notion du droit acquis dans ses rapports avec la notion de la loi. L'idée même qu'il ne puisse jamais y avoir de droit acquis contre la loi est loin d'apparaître à la science contemporaine comme l'une de ces vérités trop évidentes que l'on rougit de formuler.

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 481-482.

Elle a même donné naissance de nos jours, comme nous le verrons plus loin, à des controverses doctrinales aussi ardentes que délicates (1). Nous ne pouvons pas non plus

(1) Cf. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, I, p. 160-178 et l'abondante littérature citée par lui, p. 162 et surtout 177-178.

Sans entrer dans l'étude de la responsabilité de la fonction législative, dont la place est naturellement marquée dans la seconde partie de notre travail, il nous suffira, pour montrer combien est mouvant le sol sur lequel M. Péliissié du Rausas croit pouvoir bâtir, de rappeler les discussions que la question du droit à indemnité des sociétés étrangères lésées dans leurs situations acquises a soulevées dans la littérature juridique européenne et, en particulier, dans la littérature française, à la suite de la promulgation de la loi italienne du 4 avril 1912 (*Gazetta ufficiale* du 22 avril 1912 et traduction dans *Bulletin de statistique et de législation comparée*, 1912, p. 538 et suiv.) et de la loi uruguayenne du 26 décembre 1911 (traduite par JÈZE, *Revue de science et de législation financières*, 1913, p. 27 et suiv.) qui ont établi en Italie et dans la République orientale de l'Uruguay le monopole de l'assurance, ou de certaines branches de l'assurance, au profit de l'Etat. Si la doctrine de l'irresponsabilité de l'Etat-législateur a été défendue, en ces deux occurrences, non sans ménagements et en se plaçant exclusivement sur le terrain du droit strict, par M. JÈZE (*Rivista di diritto pubblico*, IV, 1912, fasc. 9-10; *Revue du droit public*, XXIX, 1912, p. 433 et suiv.; XXX, 1913, p. 58-60. — *Revue de science et législation financières*, 1913, p. 12-31. — Cf., sur le problème général de la responsabilité de la fonction législative, et dans le sens négatif : JÈZE, *L'administration doit-elle payer une indemnité en cas de préjudice causé par l'émission d'une règle de droit nouvelle?* dans *Revue du droit public*, 1908, p. 58 et suiv.; 663 et suiv. et *Principes généraux du droit administratif* (2^e édition, 1914, p. 214 et suiv.), elle a été attaquée vigoureusement par M. Georges Scelle : *A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. — Etude sur la responsabilité de l'Etat-législateur* dans *Revue du droit public*, XXX, 1913, p. 637-677, et, sous un angle plus particulier, mais fort intéressant pour la comparaison avec le droit mixte égyptien et avec l'article 11 du *R. O. J.*, par M. AUDINET, *Le monopole des assurances en Italie et le droit des étrangers*, dans *Revue générale de droit international public*, XX, 1913, p. 5-24. Cf. : A. ROLIN, *Les droits des Sociétés étrangères* dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 2^e série, XIV, 1912, p. 82-90, et les considérations développées, dès avant le vote de la loi du 4 avril 1912, dans *Consultation*

considérer, à la suite de M. Péliissié du Rausas, comme une chose juridiquement incompréhensible que l'Etat puisse être tenu à indemnité à raison de mesures prises en exécution des lois et en conformité avec elles ou que sa responsabilité pécuniaire puisse être engagée par d'autres causes que la faute au sens civilistique du mot. Pour nous approprier pareille affirmation, il nous faudrait fermer les yeux sur le mouvement, si profond, de renouvellement que la théorie de la responsabilité

pour les Sociétés étrangères d'assurances sur la vie établies en Italie par Edouard CLUNET avec les adhésions et les notes de MM. Anzilotti, Asser, von Bar, etc. Paris, 28 juin 1912. On pourra constater par la lecture de ce dernier document ou de l'analyse qui en est donnée par M. Albéric Rolin, que la thèse, qui admet le droit à indemnité des sociétés arrêtées dans l'exercice de leur industrie par l'établissement du monopole des assurances sur la vie, a trouvé des défenseurs même en Italie. C'est ainsi que, dans sa note approbative, M. le professeur Gabba déclare qu'en refusant cette indemnité, le législateur italien commettrait « une inadmissible et intolérable lésion du droit privé ». Si le problème de la responsabilité de l'Etat-législateur n'a pas encore pris dans la littérature de langue allemande le caractère de vivante actualité et la tournure pratique que viennent de lui imprimer dans les milieux latins les débats suscités par la loi italienne du 4 avril 1912, tout au moins s'y est-il déjà posé dans sa formule théorique et comme l'une des questions fondamentales de la dogmatique du droit public. Cf. HANS Kelsen, *Ueber Staatsunrecht*, dans *Gruenhut's Zeitschrift fuer Privat-und Oeffentliche Recht*, XL, 1913, p. 95-101. — JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenvertraege*, Vienne, 1880, p. 33 et suiv. — GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, p. 801 et suiv. On voit donc que, même dans les pays qui ont su conserver, au point de vue des rapports internationaux, la plénitude de leur souveraineté et de leur indépendance, l'idée qu'il puisse exister au profit des particuliers des droits acquis susceptibles de se dresser en face de la loi et s'imposant au respect de l'Etat, même agissant dans sa fonction d'organisation et de réglementation de l'ordre juridique, est loin de paraître aussi incompréhensible que le suppose M. Péliissié du Rausas; qu'elle forme, au contraire, l'un des thèmes de discussion doctrinale les plus fréquemment agités à l'heure actuelle.

subit depuis plus d'un quart de siècle dans le monde occidental ; il nous faudrait oublier que, dans la patrie même de M. Pélissié du Rausas, la notion d'une responsabilité sans faute s'est depuis longtemps fait jour, soit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de dommages causés par les travaux publics, soit dans la législation des accidents du travail et dans la législation réparatrice des erreurs judiciaires, et qu'elle y arrive même parfois à percer jusqu'au travers des décisions de la jurisprudence civile (1). Toute cette partie de l'argumentation de M. Pélissié du Rausas repose sur une pétition de principe. Elle considère comme résolue d'avance, et cela dans un sens opposé au courant le plus général des jurisprudences modernes, — la question qui constitue le nœud et la raison d'être de toute théorie spéciale de la responsabilité de l'Etat, celle de savoir si l'obligation pour la puissance publique de réparer pécuniairement les préjudices causés aux individus par son exercice peut ou non découler d'autres sources que celles qui font naître la responsabilité des particuliers les uns envers les autres.

Ces éléments, vraiment trop fragiles et qui ne peuvent visiblement avoir qu'un rôle de remplissage, une fois éliminés, nous constatons aisément que les développements présentés par l'auteur, dans le long fragment que nous venons de transcrire, se résument, en dernière analyse, en un unique argument : l'invocation de l'immunité législative des étrangers.

(1) Cf. TEISSIER, *De la responsabilité de la puissance publique*, N° 147 et suiv. — OTTO MAYER, *Droit administratif allemand* (édition française), IV, p. 221 et suiv. — JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897; notes au Dalloz, 1900, 2, 283; 1904, 2, 257; 1906, 2, 249; 1908, I, 217 et la bibliographie citée dans BEUDANT, *Cours de droit civil, contrats et obligations*, p. 765 et suiv. et MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, II, p. 214 et suiv.

CHAPITRE II

Les Rapports de cette première Interprétation avec la Théorie de l'immunité législative

76. Ce serait donc du principe de l'immunité législative, et de lui seul, que découlerait le droit reconnu aux ressortissants et protégés de puissances étrangères de réclamer des indemnités à raison des préjudices qu'ils peuvent subir par le fait de l'accomplissement d'actes administratifs. Le droit à réparation consacré dans l'article 11 s'expliquerait de la façon suivante : les administrations publiques égyptiennes ne peuvent accomplir d'actes d'autorité réguliers, s'imposant comme tels au respect et à l'obéissance des particuliers qu'en vertu des pouvoirs qui leur sont conférés par les lois égyptiennes. Or ces lois ne lient que ceux des gens du pays qui restent sous le droit commun de l'indigénat. Les étrangers et les protégés sont placés en dehors de leur cercle d'application; ils n'ont pas à supporter les gênes et les sacrifices que ces lois imposent au commun des citoyens pour assurer le fonctionnement régulier de la puissance publique; car, les ordres de la législation indigène ne sauraient s'adresser à eux. La puissance publique égyptienne ne pouvant exercer son activité qu'en vertu et au nom des

lois locales, qui sont démunies de toute valeur au regard des étrangers, n'a donc pas la possibilité d'émettre des commandements qui soient réguliers et légitimes aux yeux de ces derniers. Par rapport à eux tous les actes d'autorité qu'elle peut accomplir en fait sont nécessairement arbitraires. Ils apparaissent comme des coups de force, comme des faits d'illégalité. Le Gouvernement égyptien commet de véritables délits ou quasi-délits toutes les fois qu'il exerce à l'encontre d'individus, que l'immunité législative soustrait à son action légitime, des prérogatives de puissance publique qui ne lui sont reconnues que dans ses rapports avec les indigènes. De là l'obligation de réparation mise à sa charge.

77. Sur la notion coutumière de l'immunité législative, M. Pélissié du Rausas greffe ainsi une assez curieuse ramification qu'il se contente, dans la rubrique de cette partie de son livre, de désigner sous le nom modeste d'« immunité législative en matière administrative ». Mais c'est là une étiquette qui ne s'harmonise que fort imparfaitement avec le produit qu'elle sert à qualifier. Car, dans la suite de ses développements, l'auteur s'efforce de démontrer que l'Européen établi en Egypte doit échapper par la force de l'immunité législative, non seulement à l'application de dispositions réglementaires qui, quoique revêtant la forme des actes administratifs, participent par leurs caractères matériels et intrinsèques à la nature de la loi, mais aussi à l'autorité des actes administratifs individuels qui ne peut s'imposer, en fait, à lui que par une sorte d'abus de pouvoir ouvrant à son profit le droit à indemnité. Il y a un défaut frappant de concordance entre la rubrique et le contenu de ce cha-

pitre de l'œuvre de M. Péliissié du Rausas. En bonne logique, ce n'est pas d'une immunité législative en matière administrative qu'il aurait dû parler, mais purement et simplement d'une *immunité administrative*. C'est l'expression que nous emploierons désormais pour désigner cette première interprétation de l'article 11 qui consiste, en réalité, à faire sortir du régime des Capitulations, à côté des deux sortes d'immunités que nous avons déjà rencontrées, fonctionnant au profit des étrangers — immunité juridictionnelle et immunité législative — une troisième sorte d'immunité, *l'immunité administrative*, dont la disposition de notre texte ne serait qu'une simple mise en œuvre (1).

(1) Cette prétendue immunité administrative n'est pas seulement invoquée par les auteurs qui acceptent dans son intégralité la doctrine de M. Péliissié du Rausas, comme M. Georges BLANCHARD, *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien*, dans *Revue générale de droit international public*, 1913.XX, p. 433-460, sous la plume duquel nous relevons, à la p. 443, l'affirmation suivante : « La création d'un pouvoir judiciaire pour les étrangers en Egypte a été la conséquence de *l'immunité dont ils jouissent au point de vue législatif et administratif* ». La trace des mêmes croyances reparait — ce qui est moins aisément explicable — dans le manuel de droit public et administratif égyptien publié sous le contrôle et pour le compte du Ministère de l'instruction publique par M. Lamba. Après s'être contenté d'abord, à la page 570, de présenter le Gouvernement comme démuné « de tout pouvoir de légiférer sur les étrangers, en matière civile, en matière pénale, *et au point de vue même de l'administration courante* », ce qui ne viserait que la prétendue immunité de législation administrative, l'auteur de ce livre de classe officiel se laisse entraîner beaucoup plus loin — peut-être faute d'avoir suffisamment médité la valeur des mots et réfléchi aux conséquences de ses affirmations — et il écrit, à la page 576 : « Les étrangers sont, en principe, *affranchis de l'administration égyptienne*..... En principe, le Gouvernement égyptien ne peut édicter aucun règlement d'administration ni *rendre aucune mesure de police applicable aux étrangers* ». Formule qui, prise à la lettre, n'est autre chose qu'une définition descriptive de l'immunité administrative.

78. M. Péliissié du Rausas ne cherche nullement à dissimuler l'étendue et la gravité des obstacles que cette façon d'envisager la disposition de l'article 11 apporterait au fonctionnement régulier de nos institutions administratives. Il les met lui-même en relief avec beaucoup de complaisance, et constate, à plusieurs reprises que, dans son système, le tribunal saisi d'une réclamation en indemnité intentée par un étranger contre l'Etat égyptien à l'occasion d'un acte administratif, n'a pas à se préoccuper de la valeur que peut présenter l'acte attaqué au point de vue de la légalité et de la correction, parce que ce sont là considérations absolument indifférentes à la solution de l'affaire. Peu importe, en effet, dans cette conception, que l'acte incriminé soit ou non régulier en la forme et au fond au point de vue de la loi égyptienne, peu importe qu'il soit le résultat d'un exercice normal ou d'un mésusage des pouvoirs conférés à l'administration dont il émane, puisqu'il ne sera pas plus opposable dans un cas que dans l'autre aux ressortissants et aux protégés des puissances étrangères. Il suffira, pour assurer le triomphe du demandeur en indemnité, qu'il démontre qu'un acte administratif quelconque, correct ou non, lui a porté préjudice, en heurtant l'un de ces intérêts que la loi juge suffisamment précis et consistants pour les munir d'action et les transformer par là en de véritables droits subjectifs. Il n'a pas besoin d'établir, en outre, que le préjudice dont il se plaint est dû, soit à un mauvais fonctionnement de la machine administrative, soit à l'emploi de l'une de ces prérogatives exorbitantes du droit commun qui ne sont ouvertes à la puissance publique que sous condition de réparer les dommages qui peuvent en résulter pour les particuliers. La seule chose qu'il ait à démontrer, c'est

qu'il a subi une gêne, pécuniairement appréciable, dans le libre développement de l'un de ses droits par l'effet d'actes émanés d'autorités publiques égyptiennes. Car, dans ce système, les droits individuels de chacun des étrangers ou protégés ne sont limités que par la nécessité de respecter les droits parallèles et rivaux des autres particuliers, et non pas par le concours de prérogatives et de facultés légales de la puissance publique que l'on considère comme ne pouvant régulièrement s'exercer qu'à l'encontre des administrés régis par le droit commun de l'indigénat.

79. Cette première interprétation de l'article 11, qui ne se recommande évidemment pas par ses résultats pratiques, trouve, en réalité, sa principale base doctrinale dans une conception de l'immunité législative qui est fort sujette à caution. Le raisonnement par lequel M. Pélissié du Rausas prétend la justifier se ramène, en effet, aux termes suivants : L'immunité législative reconnue en Egypte aux étrangers, telle qu'elle fonctionnait avant la mise en application des conventions internationales de 1875 et 1876, comportait exemption de la soumission non seulement aux lois administratives égyptiennes, mais aussi aux mesures d'administration prises par les autorités locales. En dehors d'un petit nombre de points, sur lesquels le législateur de 1875 a formellement manifesté l'intention de déroger aux Capitulations ou d'en suspendre l'application, il est bien certain que les principes généraux du droit capitulaire ont été respectés par la Réforme judiciaire (1). Or, la législation de la Réforme ne fait allusion dans aucun

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 465.

de ses textes à l'immunité administrative des étrangers ou protégés de puissances étrangères. C'est donc qu'elle a entendu la maintenir intacte.

80. Le raisonnement aurait quelque valeur, si l'exactitude de son point de départ était démontrée. Mais elle ne l'est pas, bien s'en faut. M. Pélissié du Rausas paraît perdre momentanément de vue que le principe de l'immunité législative n'est pas formulé directement dans les Capitulations et qu'il ne constitue pas l'une des règles originales de cette législation. Nous avons eu l'occasion de constater, dans la première section du chapitre I de notre livre I, qu'il n'est, en réalité, que l'une des conséquences nécessaires, ou l'une des facettes particulières du principe de l'immunité juridictionnelle qui seul est écrit, au moins partiellement, dans les textes capitulaires; et que, par conséquent, l'immunité législative ne peut pas déborder en dehors du cercle d'application de l'immunité juridictionnelle qui est à la fois sa source et sa raison d'être (1). Nous avons pu nous convaincre que la théorie de l'immunité législative n'était pas autre chose, avant 1876, que la constatation doctrinale de ce fait d'expérience que, toutes les fois que les étrangers étaient, par l'effet du principe de l'immunité juridictionnelle, soumis au jugement de leurs consuls, ils se trouvaient nécessairement, par là même, régis par les règles de leur législation nationale et libérés de l'application des lois locales que les tribunaux consulaires ignorent et doivent ignorer. C'est parce qu'ils étaient justiciables de leurs consulats, d'une part, pour toutes les

(1) Telle est d'ailleurs la signification que M. Pélissié du Rausas lui-même donne à l'immunité législative dans une autre partie de son tome II, p. 253 et suiv.

accusations pénales portées contre eux, d'autre part, pour leurs litiges civils et commerciaux — au moins quand ils étaient défendeurs — qu'ils jouissaient déjà avant la Réforme, et plus largement encore qu'aujourd'hui, dans le domaine du droit privé et dans celui du droit criminel, du privilège de pur fait, désigné en Egypte sous le nom technique d'immunité législative, et qui s'analyse nécessairement en une soustraction à l'empire des lois territoriales et une soumission corrélatrice à la loi nationale du défendeur. Pour rendre vraisemblable l'existence avant 1876, à côté des deux seules formes de l'immunité législative qui soient mentionnées dans la littérature antérieure à la Réforme — immunité législative en matière civile et commerciale, immunité législative en matière pénale — d'une troisième forme de l'immunité législative, passée inaperçue des écrivains du temps — l'immunité législative en matière administrative — il faudrait démontrer que les tribunaux consulaires étaient, sous l'ancien régime, compétents pour trancher les litiges d'ordre administratif intéressant leurs nationaux.

81. M. Pélassié du Rausas a cru pouvoir se dispenser de rechercher s'ils avaient eu réellement cette compétence. Il est d'autant plus regrettable qu'il ait négligé des investigations préalables qui l'eussent, selon toutes vraisemblances, amené à modifier ses conclusions, que, sans sortir des documents les plus courants des travaux préparatoires de la Réforme, il était aisé de se procurer sur ce sujet des renseignements présentant toute la clarté désirable.

Nous avons déjà rencontré une indication fort intéressante à cet égard dans la note lue et déposée dans la

séance de la Commission internationale du Caire du 15 décembre 1869 par le Consul général de France à Alexandrie. M. Tricou, après avoir exprimé, au nom de son Gouvernement, le désir que le Gouvernement égyptien et le Khédive consentent à se soumettre eux-mêmes à la juridiction des futurs tribunaux mixtes, motive ainsi son vœu : « De cette façon, il serait mis un terme à une situation anormale qui permet au Gouvernement *d'être juge et partie* dans les nombreuses réclamations élevées contre lui, en l'absence d'un tribunal compétent pour le juger. *Chacun sait, en effet, que les tribunaux consulaires ne sont pour rien dans la fixation des indemnités payées par le Gouvernement* » (1).

(1) *Procès-verbaux de la Commission internationale instituée pour l'examen des propositions du Gouvernement égyptien tendant à réformer l'administration de la justice en Egypte*, Alexandrie, Mourès et C^{ie} (séance du 20 octobre 1869). — Nous n'avons pas cru devoir insister au texte sur les déclarations et constatations faites au nom du Gouvernement égyptien dans les travaux préparatoires de la Réforme, parce qu'il était beaucoup plus naturel que, de ce côté, on se montrât hostile à toute immunité administrative des Européens. On rencontre, cependant, sur ce point des indications de fait bien caractéristiques dans la note de Nubar Pacha du 3 décembre 1867 intitulée : *Quelques explications sur les garanties que présente l'organisation judiciaire proposée pour l'Egypte*. Nous y lisons : « En dehors des garanties d'organisation de la justice civile, commerciale et criminelle, il y a lieu de régler différents points qui se rattachent à l'administration pure, par exemple en matière de voirie ou d'impôts..... Les Capitulations n'ont jamais prétendu soustraire l'Européen, qui se met en contradiction avec les lois locales, à l'action du Gouvernement. *Dans l'ordre actuel des abus, il faudrait que, dans des cas semblables, le Gouvernement actionnât celui qui est en contravention, auprès de son consul et le consul, par ce fait même, interprète, commente les règlements faits par le Gouvernement et a, par conséquent, le pouvoir de les approuver ou les infirmer* ». Nubar Pacha, après avoir constaté ensuite le mouvement qui a donné en Egypte aux étrangers l'accès à la propriété immobilière, ajoute : « Il est juste que le propriétaire euro-

L'attestation de M. Tricou est d'autant plus significative qu'elle a été présentée, non pas au cours de la discussion orale, mais dans une note soigneusement méditée et qu'elle émane d'un homme particulièrement compétent pour nous documenter, puisqu'il était alors placé à la tête de la plus occupée des juridictions consulaires d'Egypte. Son témoignage n'est pas d'ailleurs isolé.

Nous rencontrons des renseignements concordants dans la partie du rapport de la Commission française de 1867 (§ 3), qui est consacrée à la description des méthodes de règlement des contestations entre indigènes et Européens usitées, en fait, en Egypte au moment où vont

péen soit soumis aux mêmes charges que l'indigène et que les lois, dans ces cas, lois connues, fixées et déterminées, lui soient appliquées comme à l'indigène. *C'est un principe admis et reconnu ; aucun consulat ne le nie actuellement. Mais, dans l'application, ce principe devient impossible.* L'Européen possède une ferme ; il ne paie pas ses impôts ; le Gouvernement peut-il procéder à son égard comme il procède à l'égard de l'indigène, l'exproprier d'une partie de sa terre qui, vendue en vente publique, ferait rentrer dans le fisc ce qui lui est dû ? Il ne le peut pas ; il faut qu'il s'adresse au consul qui répond ou ne répond pas et qui, en définitive, soit qu'il fasse payer soit qu'il ne le fasse pas, devient l'arbitre, le juge du Gouvernement. Que l'on examine, si l'on veut, s'il y a quelque chose à modifier dans les règlements actuels de manière à sauvegarder les droits et les intérêts de tous ; mais il est nécessaire de laisser à l'autorité égyptienne, seule et sans l'intervention des consulats, l'action et la juridiction administrative en pareille matière, et le Gouvernement ne peut abandonner ce principe. Cette action et cette juridiction sont de droit public, et jamais les Capitulations n'ont eu pour objet de les enlever à l'Egypte ». On le voit donc, l'état de choses dont Nubar Pacha réclame la suppression, ne consiste pas dans le développement d'une prétendue immunité de législation administrative des Européens, mais dans l'existence de trop nombreuses immunités spéciales, et, en particulier, de l'immunité de juridiction pénale et civile, qui rendent trop souvent, en fait, les lois administratives inopérantes à l'égard des étrangers, faute de sanctions suffisamment sûres et énergiques.

s'ouvrir les négociations de la Réforme. Après avoir rappelé l'existence de la règle *actor sequitur forum rei* qui, logiquement, devrait conduire les étrangers devant les tribunaux du pays toutes les fois qu'ils sont demandeurs à des procès dirigés contre des défendeurs indigènes, la Commission constate que, dans cette application favorable aux indigènes, la règle n'est pas toujours respectée en fait, à raison de la défiance qu'inspire aux étrangers la mauvaise organisation de la juridiction indigène, et elle ajoute : « La répugnance des Européens à aller devant les tribunaux locaux est telle que les vice-rois eux-mêmes l'ont respectée. Pour le jugement des procès qu'ils ont eus avec les étrangers, ils ont consenti à créer des Commissions spéciales en vue desquelles il a été arrêté des règlements particuliers de procédure, et même *quelquefois* à porter leurs différends devant les tribunaux européens » (1). Le second des procédés employés à certains moments par le Gouvernement égyptien, pour remédier à la répugnance qu'éprouvaient les Européens à porter les réclamations dirigées contre lui devant les tribunaux locaux, normalement compétents, n'apparaît à la Commission elle-même que comme une mesure d'ordre très exceptionnel, et le rapport prend soin d'énumérer en note les cas où elle a été appliquée : l'affaire Bartolucci, soumise au tribunal consulaire d'Italie avec appel à Gènes; l'affaire Pachó, portée en appel à Paris devant un comité d'avocats; l'affaire Hallag, soumise au Conseil d'Etat du royaume d'Italie, l'affaire Morpurgo, déférée à la Cour d'appel de Trieste.

(1) BORELLI-BEY, *l. c.*, p. XXXVII, et *Documents diplomatiques*, 1869, XIII, p. 84 et suiv.

Les explications de la Commission française de 1867, qui pourtant cherche à interpréter les faits dans le sens le plus favorable à l'extension de la compétence des juridictions consulaires, font ressortir que les procès entre administrations égyptiennes et Européens, par là même que pratiquement les Européens y jouent toujours le rôle de demandeurs, n'étaient pas en principe, avant la Réforme, du domaine de la juridiction consulaire et qu'ils ne pouvaient être déférés au jugement de tribunaux appartenant à la nationalité des réclamants que par suite de conventions spéciales d'arbitrage passées entre le Khédive et les intéressés, ou plutôt les gouvernements des intéressés.

82. Le régime antérieur à 1875 est d'ailleurs décrit en termes encore plus précis et plus explicites dans le rapport de la Commission internationale du Caire de 1869. Cette Commission a pu étudier la situation sur place, dans des conditions, par conséquent, plus favorables à l'exactitude de l'observation. Par sa composition même, elle était nécessairement amenée à juger les choses d'une façon plus objective et plus impartiale que la Commission française de 1867. Nous considérons donc comme particulièrement probantes les informations fournies sur notre sujet dans le § I de la première partie de son rapport, paragraphe consacré à l'appréciation des griefs élevés par le Gouvernement contre l'ancien régime d'organisation de la justice civile et commerciale. Nous y lisons :

« En fait, les étrangers qui ont des contestations avec le Gouvernement, les administrations, les Daïras (administration de la fortune personnelle) du Khédive et des princes, ou quelques hauts personnages, *refusent de saisir les tribunaux locaux, auxquels ils n'accordent pas de con-*

fiance: les réclamations dans ces différents cas se produisent par la voie diplomatique et sont présentées par le Consul, qui affirme le droit de son administré, au Gouvernement qui conteste ce droit.

« Il suit de là que lorsque ce dernier paye ou fait payer l'administration ou le personnage poursuivi, ou encore quand il accepte ou impose un arbitrage, il peut paraître obéir à une contrainte morale, aussi pénible pour celui qui l'emploie que pour celui qui la subit.

« Ce n'est pas là de la justice régulière : et le Gouvernement explique, qu'en l'état de choses, il est empêché de confier à des étrangers les grands travaux publics qu'il a besoin d'entreprendre parce qu'il sait que les moindres réclamations, qu'il pourra avoir avec eux pour le règlement, seront introduites par la voie diplomatique, au lieu d'être débattues contradictoirement devant un tribunal régulier.

« Mais, si d'une part, le Gouvernement a le droit de se plaindre de la contrainte que lui impose ce mode de règlement, d'autre part, les réclamants, par cela seul qu'ils n'ont pas été jugés, ont le droit, même après la satisfaction obtenue, de soutenir qu'elle est insuffisante : combien d'ailleurs n'ont pu faire aboutir des réclamations qu'une justice normale eût facilement et promptement réglées ! » (1).

Dans ce passage du rapport de la Commission internationale de 1869, on voit se dessiner aussi nettement que possible le mécanisme pratique de solutionnement des réclamations dirigées par les étrangers contre les administrations égyptiennes ou contre les membres de la famille

khédiviale tel qu'il fonctionnait à la veille de la Réforme. Les tribunaux consulaires n'avaient pas qualité pour juger ces procès où leurs justiciables naturels n'intervenaient jamais en qualité de défendeurs. C'est la constatation que fait M. Tricou en la présentant comme un fait de notoriété publique. Ces réclamations étaient donc théoriquement de la compétence des tribunaux indigènes. Mais, comme les Européens étaient convaincus que ces juridictions locales n'émettraient jamais d'autres sentences que celles qui leur seraient dictées par l'autorité khédiviale, et que plaider devant elles équivalait à accepter que le Gouvernement égyptien fut juge et partie dans sa propre cause, ils avaient pris l'habitude de s'abstenir de demander justice aux tribunaux pour faire appel à la protection extra-judiciaire de leurs consuls et la voie diplomatique s'était substituée à la voie judiciaire pour le règlement de cette catégorie de litiges.

83. Nous considérons donc comme un fait historique bien établi que, dans le régime antérieur à la Réforme judiciaire, l'immunité de juridiction au sens technique et égyptien du mot, n'existait, au profit des étrangers que, d'une part, en matière civile et commerciale, d'autre part, en matière pénale, et nullement en matière administrative. L'immunité législative, n'étant elle-même qu'une conséquence de fait de l'immunité juridictionnelle, on cherche vainement comment, à côté de l'immunité de législation civile et commerciale ou de l'immunité de législation pénale, aurait bien pu se développer la prétendue immunité administrative. Et, par conséquent, de ce que tous les documents constitutifs de la Réforme gardent le plus complet silence sur cette mystérieuse immunité administrative, on n'est pas

fondé à conclure, comme le veut M. Pélissié du Rausas, que le législateur de 1875 a entendu laisser subsister cette immunité. Il ne saurait être, en effet, question de maintenir ou de supprimer ce qui n'a jamais existé.

Nous croyons avoir démontré que l'interprétation principale que M. Pélissié du Rausas nous propose de la disposition de l'article 11 ne trouve pas plus de fondement dans le mécanisme général des Capitulations que dans l'analyse de la notion de séparation des pouvoirs. Il faut donc renoncer à la justifier par référence à des règles ou à des théories plus générales. Est-il possible tout au moins de lui trouver une justification interne? Est-elle en harmonie, soit avec le texte de l'article 11, soit avec l'esprit général de la législation de la Réforme? Nous ne le croyons pas.

CHAPITRE III

Réfutation de l'interprétation de M. Pélissié du Rausas

84. La doctrine de M. Pélissié du Rausas, même une fois débarrassée de ses relations compromettantes avec des conceptions, historiquement et juridiquement inadmissibles, du dogme de la séparation des pouvoirs ou du principe de l'immunité législative, nous semble encore demeurer en contradiction : 1° avec les précédents égyptiens ; 2° avec les précédents européens de la législation de 1875 ; 3° avec les travaux préparatoires du *R. O. J.* ; 4° avec l'économie générale de la Réforme ; 5° avec la marche générale du développement législatif et doctrinal que la Réforme judiciaire a reçu depuis 1876 ; 6° enfin elle nous paraît encore condamnée par son inconsistance et ses contradictions internes.

SECTION I

Contradiction avec les précédents égyptiens de la Réforme

Si la disposition de l'article 11 avait réellement pour but d'affirmer que tous les actes d'autorité de la puissance publique égyptienne sont nécessairement arbitraires à l'égard des étrangers établis en Egypte et, comme tels, générateurs de responsabilités dès qu'ils deviennent pour ceux-ci une cause de dommages, parce qu'accomplis sans droit en ce qui les concerne, il faudrait bien reconnaître que ce texte constitue, par rapport au droit antérieur, une innovation certaine, et une innovation assez mal en harmonie avec l'esprit de la Réforme judiciaire, qui a tendu à alléger, et non pas à aggraver les gênes apportées à l'administration régulière du pays par les privilèges reconnus aux étrangers en vertu des Capitulations ou de la coutume internationale. On se fait, à notre avis, une idée fort inexacte du régime d'avant 1876, quand on se le représente comme comportant, au profit des ressortissants et protégés de puissances étrangères, l'exemption absolue de la soumission aux ordres donnés par les autorités administratives du pays, même dans le cercle de leurs attributions ordinaires, ou, tout au moins, le droit d'exiger des réparations pécuniaires, quand ils ont été contraints de se soumettre à ces ordres et que cette soumission a eu

pour eux des conséquences préjudiciables. Ce régime se caractérisait, au point de vue des rapports qu'il établissait entre le Gouvernement égyptien et les individus bénéficiaires des Capitulations, non pas, comme on pourrait le croire à la lecture de certaines pages de M. Pélissié du Rausas, par la suppression globale des pouvoirs administratifs de l'Etat, mais simplement par des limitations apportées au libre exercice de ces pouvoirs par la nécessité de respecter les privilèges résultant, au profit des étrangers et protégés, de la lettre ou de l'interprétation traditionnelle des Capitulations : immunité juridictionnelle et immunité législative telles que nous les avons définies; liberté d'établissement et de circulation, liberté de commerce intérieur et extérieur, liberté de la navigation, liberté de conscience; immunités en matière de douanes ou d'industrie, immunités fiscales, etc. (1).

Sans doute, la multiplication de ces privilèges rendait l'action administrative beaucoup moins sûre par rapport aux étrangers que par rapport aux nationaux, l'observation des prescriptions administratives ne pouvant pas, dans la majeure partie des cas, être imposée par des moyens aussi efficaces aux bénéficiaires des Capitulations qu'à la masse

(1) Il convient donc, aussi bien pour l'interprétation du droit antérieur à la Réforme que pour l'interprétation du droit actuel, de renverser la formule, si dangereuse pour l'activité des administrations égyptiennes, que M. LAMBA, *Droit public et administratif de l'Egypte*, place en tête du second paragraphe de l'annexe consacrée à la condition juridique des étrangers, p. 576, et de dire : les étrangers sont en principe soumis (et non pas soustraits) à l'administration égyptienne. L'extrême fréquence des échecs que subit le principe par le contre-coup des divers privilèges capitulaires ne saurait nous autoriser à transformer, comme paraît le faire M. Lamba à la suite de M. Pélissié du Rausas, les exceptions en règle.

commune des administrés, par suite de l'impossibilité d'appliquer aux premiers, soit des sanctions pénales qui eussent porté atteinte à l'immunité législative en matière pénale, soit certaines autres mesures de coercition qui eussent été en contradiction avec quelques-unes des garanties spécialement édictées par les Capitulations, comme le principe de l'inviolabilité du domicile. Mais l'existence de conditions et même d'entraves au libre exercice des pouvoirs d'administration n'équivaut pas à la suppression totale de ces pouvoirs. Restreindre l'énergie et la puissance de contrainte des ordres émanés de l'autorité publique ne conduit pas nécessairement à dénier toute valeur légale à ces ordres. Il ne nous paraît pas douteux que, pendant la période qui précède la Réforme, le Gouvernement égyptien a toujours revendiqué et que les puissances étrangères lui ont toujours reconnu le droit de prendre des mesures administratives, même d'ordre réglementaire, opposables en principe à tous les administrés, Européens ou indigènes (1).

(1) M. BLANCHARD, *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien*, dans la *Revue générale de droit international public*, 1913, XX, p. 436, affirme, il est vrai, qu'il y aurait eu, à cet égard, une divergence de vues très caractérisée entre le Gouvernement égyptien et les Gouvernements étrangers, et, parlant des précédents immédiats de la Réforme, il n'hésite pas à écrire : « Parmi les juristes deux tendances se firent jour : L'une, qui fut adoptée par les représentants autorisés des étrangers, déclara qu'en principe les ressortissants étrangers échappaient complètement à l'action du Gouvernement khédivial et que celui-ci ne pouvait exercer sur eux que les droits qui lui étaient expressément concédés par les conventions diplomatiques ou les usages ; l'autre, qui fut naturellement celle du Gouvernement égyptien, décida au contraire que tout ce qui n'était pas expressément interdit au pouvoir local lui était permis et que les sujets étrangers n'échappaient à son autorité que sur les objets qui lui avaient été retirés formellement par les Capitulations, les cou-

85. L'affirmation que nous venons d'émettre semble, il est vrai, au premier abord, en contradiction avec une théorie de droit international public qui est précisément arrivée à son maximum de développement et de crédit pendant la période de notre histoire juridique où s'encadre la Réforme judiciaire, la doctrine de l'exterritorialité. La fiction d'exterritorialité qui a été inventée par Grotius (1) pour expliquer les privilèges des ambassadeurs et dont le principal rôle — très discuté d'ailleurs au point de vue rationnel et au point de vue scientifique (2) — demeure toujours, dans la littérature du droit international, de servir d'instrument de liaison et de synthèse entre les diverses immunités, reconnues dans les pays près desquels ils

tumes ou les traités ». Mais l'auteur ne nous apporte pas la moindre pièce justificative en faveur de l'existence de la première de ces tendances, c'est-à-dire de celle qu'il prête « aux représentants autorisés des étrangers ». Il eût pu sans doute relever le germe de l'idée que la souveraineté de l'Etat égyptien n'existe que dans la mesure où elle lui a été formellement reconnue par les conventions internationales dans les écrits de certains auteurs européens du temps et dont nous citerons nous-même les travaux. Mais ces opinions extrêmes n'ont jamais eu que la valeur de simples thèses littéraires. Et, si M. Blanchard eût été tenté de passer de l'affirmation à la démonstration, il se fût vite aperçu de l'impossibilité d'étayer ces spéculations doctrinales sur des matériaux empruntés, soit à la pratique judiciaire ou administrative, soit à la littérature diplomatique de l'époque. L'antithèse développée dans les lignes que nous venons de reproduire ne saurait donc être prise au sérieux, en présence surtout des documents que nous allons analyser plus loin et qui montrent si clairement que la jurisprudence française elle-même acceptait avant 1876 la conception que M. Blanchard présente — à notre avis fort à tort, et en tout cas sans aucun semblant de preuve — comme particulière au Gouvernement égyptien.

(1) *De jure belli ac pacis*, livre II, ch. XVIII, § 4, art. 5.

(2) DESPAGNET, *Cours de droit international public*, § 251. — RIVIER, *Principes du droit des gens*, I, p. 330 et 548 et suiv.

exercent leurs fonctions aux agents diplomatiques étrangers, avait été aussi utilisée, pendant le quart de siècle qui précède la Réforme, par les spécialistes du droit capitulaire, pour fournir une explication théorique de l'ensemble des privilèges accordés aux Européens en Orient et spécialement, soit du principe de l'inviolabilité du domicile, soit du principe de l'immunité juridictionnelle. Cette théorie, qui ne présente plus guère aujourd'hui qu'un intérêt historique, croyait pouvoir justifier, au point de vue de la technique juridique, les faveurs dont jouissaient en fait les Européens établis en Egypte, en faisant intervenir la fiction qu'ils n'avaient jamais cessé de résider sur le sol de l'Etat dont ils étaient les ressortissants, et en traitant, par rapport à eux, la parcelle de terre égyptienne sur laquelle ils avaient fixé domicile comme une partie intégrante du territoire de leur nation.

86. Cette façon originale d'expliquer les privilèges capitulaires eût pu trouver une apparence de justification dans l'analyse des données de l'organisation matérielle de la vie des Européens en Orient, dans les temps — qui commençaient déjà à être bien lointains au moment de la Réforme — où les commerçants francs établis dans les villes de l'Empire ottoman se parquaient, en fait, dans des quartiers séparés, souvent même dans des agglomérations isolées de la ville indigène et entièrement closes de murs ; à l'époque où fonctionnait le régime des *funduks* ou *fondiques* (1) et où les Européens vivaient en

(1) Sur les origines de cette organisation économique des colonies et sur l'institution médiévale des *funducks* cf. HEYD, *Histoire du commerce du Levant au Moyen-Age*, p. 455. — CHARRIÈRE, *Négociations de la France dans le Levant*, 1848, I, p. 128. — PÉLIS-SIE DU RAUSAS, *l. c.*, I, p. 87, 200, 244. — BAHÁ ED DIN BARAKAT, *Privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte*,

Orient, serrés autour de leurs consuls, sous la direction et la responsabilité de ceux-ci, sans rapports directs avec les autorités locales, sur des coins de terre qui, constituant l'habitat propre de colonies européennes, apparaissaient aisément comme un prolongement de la mère patrie (1). Le souvenir de cet ancien état de choses

p. 87-89. Ce régime de cantonnement dans des quartiers distincts ou des agglomérations isolées, fermées à la police indigène, ne s'est désorganisé que fort lentement par suite d'une transformation graduelle dans les rapports économiques entre les Européens et les gens du pays. M. Péliissié du Rausas, *l. c.*, p. 87, a pu conjecturer avec quelque vraisemblance qu'il est déjà disparu, en général, dans la majorité des Echelles du Levant, au milieu du XVIII^e siècle, et que l'apparition du principe de l'inviolabilité du domicile dans la Capitulation de 1740 est liée précisément à la disparition des fondiques et a pour but de remédier à ses inconvénients. L'existence de fait des quartiers francs a survécu d'ailleurs longtemps encore à l'organisation autonome de ces quartiers et à leur soustraction à l'administration par les autorités indigènes dans certaines villes d'Orient. C'est dans cette phase de transition que la vie sociale des Européens du Caire a pu être observée à la fin du XVIII^e siècle par VOLNEY, *Voyage en Syrie et en Egypte*, 1787, I, p. 209, qui écrit, en parlant des Français de cette ville : « Renfermés dans un cul de sac, ils vivent entre eux sans beaucoup de communications au dehors ; ils les craignent même et ne sortent que le moins qu'il est possible..... Dans cette espèce de détention habituelle, ils tremblent à chaque instant que la peste ne les oblige de se clore dans leurs maisons, ou que quelque émeute n'expose leur *contrée* au pillage, ou que le commandement ne fasse quelque demande d'argent, ou qu'enfin des Beks ne les forcent à des fournissements toujours dangereux ». Ces dernières survivances de fait du régime des fondiques disparaissent quelques années plus tard à la suite de l'expédition de Bonaparte.

(1) GAVILLOT, *Essai sur les droits des Européens en Turquie et en Egypte*, Paris, 1875, p. 45. Cet auteur prétend que la notion de l'exterritorialité devrait sa naissance à ces faits historiques et ne serait qu'une survivance ou une atténuation de l'organisation des *funduks*. A ses yeux l'application capitulaire de la théorie de l'exterritorialité serait donc la plus ancienne et c'est, après s'être développée d'abord sur ce domaine, qu'elle aurait été transportée par les internationalistes à la réglementation des immunités des agents diplomatiques en pays de chrétienté, prenant ainsi un caractère de fiction qu'elle n'avait pas en Orient. Mais l'hypothèse de Gavillot nous paraît démentie par l'ordre historique d'apparition des deux branches de la théorie de l'exterritorialité dans la littérature du droit des gens.

a pu contribuer à faciliter l'extension de la notion de l'exterritorialité du domaine de la protection des agents diplomatiques au domaine de la condition légale des Européens établis en Orient ; mais il avait disparu depuis longtemps déjà à l'époque où cette seconde application de la fiction créée par Grotius a commencé à se dégager avec précision dans la science du droit international (1). Aussi cette théorie capitulaire de l'exterritorialité a-t-elle pris, dès ses origines, une allure d'anachronisme qui est allée s'accroissant à mesure que les Européens se mêlaient plus intimement à la vie économique et sociale du pays (2) et s'est-elle montrée à l'usage plus impuissante encore que la théorie diplomatique correspondante à rendre compte des faits positifs qu'elle a mission d'expliquer. M. Pietri a notamment fort bien montré, qu'appliquée à l'explication de l'inviolabilité du domicile, elle conduit à des déductions déconcertantes (3) et M. Péliissié du Rausas a donné une démonstration réellement décisive de son inaptitude à justifier l'immunité juridictionnelle, telle qu'elle fonctionne en pays ottoman (4).

Mais nous n'avons pas à en entreprendre ici l'examen ou la critique. Car nous n'envisageons en ce moment

(1) C'est l'une des raisons qui nous font rejeter sans hésitation la thèse de Gavillot.

(2) Cf. LAMBA, *Condition des Européens*, p. 56-63 et *Droit public et administratif de l'Égypte*, p. 575, qui n'ose pas encore combattre, au point de vue juridique, la doctrine de l'exterritorialité, mais qui constate qu'elle survit à ses raisons d'être et que, pour cette raison, il convient d'en limiter le plus possible l'application.

(3) PIETRI, *Etude critique sur la fiction d'exterritorialité*, Paris, Rousseau, 1895.

(4) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *Le régime des Capitulations dans l'Empire ottoman*, I, p. 211-214.

qu'une question d'ordre historique : la détermination de ce qui existait à la veille de la Réforme. Or, il n'est pas douteux que, à ce moment, la théorie capitulaire de l'exterritorialité était en pleine vogue. L'année même où les tribunaux mixtes ont été solennellement inaugurés, en 1875, elle était présentée comme une doctrine incontestée dans l'ouvrage de Gavillot (1). Il est vrai que cet auteur a été un des Français les plus acharnés à combattre les projets de Nubar Pacha et qu'il s'est montré l'un des champions les plus intolérants du maintien intégral des Capitulations; qu'il est, dès lors, volontiers porté à exagérer l'étendue des privilèges qui y sont consacrés. Mais, sur ce point particulier, il ne fait guère que reproduire l'opinion courante de son temps dans les milieux européens (2).

Cette notion d'exterritorialité, prise à la lettre, développée jusqu'à ses dernières conséquences logiques,

(1) *Essai sur les droits des Européens en Turquie et en Egypte.*

(2) FÉRAUD-GIRAUD, *De la juridiction française dans les Echelles du Levant et de Barbarie* (2^e édition), Paris, 1866, I, introduction; II, p. 102 et suiv. — Cf. VERCAMER, *Des franchises diplomatiques et spécialement de l'exterritorialité*, Bruxelles, Lebègue, 1891, *passim*, qui développe particulièrement les applications égyptiennes de la doctrine de l'exterritorialité. Dans une consultation rédigée en 1887 (et reproduite dans le *Livre bleu* de cette année, N^o 5, p. 19), par M. Rocca-Serra, afin de justifier les demandes de modifications de détail au régime combiné des Capitulations et de la Réforme, présentées aux puissances par le Gouvernement égyptien, et où il expose, par conséquent, les vues de ce Gouvernement, nous lisons les lignes suivantes qui définissent assez bien l'état d'esprit des colonies européennes en 1887, et, à plus forte raison, à la veille de la Réforme. « L'usage a singulièrement étendu les Capitulations et peu à peu les étrangers ont fini par se considérer comme couverts par le principe d'exterritorialité. En d'autres termes, l'étranger qui habite l'Egypte est toujours censé habiter sa patrie; il ne reconnaît donc d'autre loi, d'autre autorité que celles de son pays ».

conduirait aisément à dire que, puisque l'Européen établi en Egypte est réputé continuer à vivre dans son pays d'origine, il doit être aussi complètement soustrait à l'emprise de la puissance administrative égyptienne qu'à la soumission aux tribunaux et aux lois d'un pays où il n'est pas censé résider, et à faire apparaître ainsi l'immunité administrative à côté de l'immunité juridictionnelle et de l'immunité législative. On pourrait même trouver ces conclusions partiellement déduites dans les écrits de certains auteurs du temps. Mais les spéculations des théoriciens n'ont de signification historique qu'autant qu'elles ont trouvé quelque écho dans la pratique. Et la pratique n'a jamais considéré la doctrine de l'exterritorialité que comme un expédient de technique juridique destiné à expliquer et à synthétiser les privilèges conférés aux Européens, soit par les textes des Capitulations, soit par les règles de la coutume internationale, et non pas comme un principe doué d'une existence autonome, d'où l'interprétation pût faire sortir au profit des Européens des immunités non prévues par les traités et les usages internationaux.

87. Telle est bien, en effet, la conception que s'en faisait la jurisprudence française à l'époque où cette théorie entrait dans sa pleine floraison; car la Cour de Cassation, dans son arrêt du 18 avril 1865, définissait ainsi la portée pratique de la notion d'exterritorialité : « S'il est incontestable que le Français jouit, en Orient, de franchises et d'immunités plus larges que celles qui lui sont assurées dans les Etats de la chrétienté, et qu'il s'y trouve plus spécialement placé sous la protection des lois de la souveraineté française, ce serait dénaturer le caractère de

cette protection et en exagérer les conséquences que d'en induire qu'elle s'impose à lui dans toutes les situations et ne laisse place en aucun cas à l'application du droit commun. La fiction d'exterritorialité n'est érigée nulle part en règle absolue; on ne peut l'admettre que dans la limite des concessions de la Porte dont on l'induit et, créée seulement pour certains cas prévus et parfaitement définis, elle laisse intacts, pour les autres, les principes du droit public en matière de souveraineté » (1).

C'est aussi de cette façon que la fiction d'exterritorialité a été entendue, dès les premières années de fonctionnement de la juridiction des tribunaux de la Réforme, par la Cour d'Appel d'Alexandrie qui, déjà en 1877 (2), proclamait que le privilège d'exterritorialité, n'étant écrit dans aucun texte au profit des Européens, et étant contraire au droit commun, doit être ramené aux strictes limites des traités et des usages, et précisait encore mieux sa pensée dans l'arrêt Carpi du 16 mars 1880 (3). « Chaque Etat indépendant, dit cet arrêt, qu'il s'agisse de pays de chrétienté ou de pays hors de chrétienté, est nécessairement le siège d'une souveraineté propre dont l'essence est d'être territoriale, c'est-à-dire d'étendre son empire à toutes les personnes qui habitent le territoire sans distinction entre les nationaux et les étrangers, sauf les immunités reconnues à ces derniers par des actes diplomatiques ou bien consacrées par un usage suffisamment ancien pour que l'Etat doive être présumé en avoir reconnu l'exis-

(1) Cass. 18 avril 1865, — Cf. FÉRAUD-GIRAUD, *l. c.*, II, p. 104.
— LAMBA, *l. c.*, p. 63.

(2) Cour d'Alexandrie, 4 janvier 1877, *Recueil officiel*, II, p. 63.
— Cf. LAMBA, *l. c.*, p. 60.

(3) *Recueil officiel des arrêts de la Cour d'Alexandrie*, V, p. 226.

tence. Que si les immunités reconnues dans les possessions de l'Empire ottoman ont une étendue plus considérable qu'en tous les autres pays, il n'en résulte pas que la souveraineté locale y soit destituée, dans ses rapports avec les étrangers, de tout principe primordial d'autorité et qu'elle n'ait d'autres pouvoirs envers eux que ceux expressément concédés par des traités ou des conventions particulières; que cette proposition, qui substituerait l'exception à la règle, est d'autant moins soutenable que les Capitulations de la Porte n'avaient à l'origine que le caractère d'octrois volontaires..... Il est donc impossible de ne point reconnaître au Gouvernement égyptien, dans les limites de la constitution propre du pays et des pouvoirs délégués par le Sultan, le droit d'édicter toutes lois d'administration intérieure, obligatoires en principe tant pour les étrangers que pour les indigènes, sauf le respect absolu des droits et immunités reconnus par les anciennes Capitulations et les conventions de toute nature qui les ont complétées » (1).

(1) C'est encore de la même manière que la vieille notion de l'exterritorialité est comprise dans les monuments les plus récents de la jurisprudence mixte, comme le prouvent les considérants que nous relevons dans le jugement du tribunal mixte du Caire, en date du 9 mai 1911, sur l'affaire de Fontarce contre Gouvernement égyptien (*B. L. J.* XXIV, p. 213-220, en note sous Alexandrie, 21 mars 1912). « Que les Capitulations ont été faites dans le but de protéger l'étranger dans l'Empire ottoman, pour sa personne, ses biens et son commerce, mais pas pour lui donner un droit de s'immiscer dans l'administration intérieure du pays. — Que, si l'étranger vit sous le droit d'exterritorialité en tant qu'il n'est pas soumis à la juridiction du pays, néanmoins, le sol où il se trouve restera toujours le sol de l'Égypte pour lequel est valable la législation du pays en tant que les dispositions des Capitulations ne créent pas une exception. — Mais..... il ne se trouve aucune disposition dans les Capitulations qui pourrait conférer à l'étranger le droit de contester la légalité de la création d'une personne morale indigène faite dans les formes voulues par les lois du pays, aucune incompatibilité n'existant entre une telle création et le bénéfice des Capitulations dont les étrangers jouissent en Égypte ».

88. Voilà donc un point d'histoire certain. La doctrine de l'exterritorialité, quoique dominante à l'époque de la Réforme, ne mettait nullement obstacle, sous la forme qu'elle revêtait dans la pratique judiciaire, soit en France, soit en Egypte, à la soumission des Européens établis en Egypte, non seulement aux mesures administratives émises par les autorités locales, mais même aux lois simplement administratives du pays. Pour se libérer de l'obligation d'obéir à ces mesures et à ces lois, il leur aurait fallu, en l'absence de tout texte des Capitulations, démontrer l'existence d'un usage assez certain et assez constant pour fournir une base légale au prétendu principe de l'immunité administrative. Et on chercherait vainement les traces d'un tel usage. Le Gouvernement égyptien n'a jamais renoncé, pendant la période antérieure à la Réforme, à exercer son autorité administrative à l'égard de ceux des habitants de l'Egypte qui appartenaient aux Colonies européennes ou étaient protégés par des puissances étrangères. Nous n'en voulons d'autres preuves que les mesures prises en 1857 par Saïd Pacha pour organiser et régler la police des étrangers (1). S'il fut amené à inviter les consuls des principales puissances à prendre part, à côté de fonctionnaires égyptiens, à la préparation de son règlement, s'il fit un large appel à leur coopération pour veiller à l'observation des prescriptions formulées dans ce texte, ce n'était pas qu'il eût besoin de leur approbation pour rendre ce règlement applicable aux étrangers —

(1) PÉLISSIE DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 255-259. — LAMBA, *l. c.*, p. 78. — *Rapport de la Commission française de 1867*; dans BORELLI-BEY, *l. c.*, p. XLII. Ce règlement du 18 novembre 1857 est rapporté dans GATTESCHI, *Manuale di diritto pubblico e privato ottomano*, Alexandrie, 1865. — On en trouvera aussi le préambule dans LAMBA, *Condition juridique des Européens*, p. 267, n° 1.

personne n'a songé alors à soutenir pareille thèse — c'était parce qu'il craignait que les dispositions qu'il allait émettre, quoique obligatoires pour les Européens, aussi bien que pour les autres habitants du pays, ne s'imposassent pas assez fortement à leur respect, à raison de l'insuffisance pratique des sanctions dont il pouvait disposer sans enfreindre les privilèges consacrés par les Capitulations et qu'il désirait que les consuls intervinssent pour réprimer par leurs pouvoirs de coercition, plus énergiques, les infractions à ses mesures de police commises par des ressortissants ou protégés de puissances étrangères. Ce fut en vertu de son autorité propre de souverain égyptien, et non pas en vertu de conventions internationales qu'il édicta ce célèbre règlement de 1857, dont les dispositions sont restées fort peu opérantes, à raison des entraves apportées à leur application par l'immunité juridictionnelle et l'immunité législative, mais qui contient au moins une affirmation très précise du droit pour la souveraineté égyptienne d'émettre, en matière administrative, des ordres s'adressant uniformément à tous les habitants du pays, étrangers aussi bien que nationaux.

89. Et il ne s'agit pas là d'un droit simplement revendiqué par le Gouvernement égyptien ou exercé passagèrement grâce à la tolérance d'autrui ; mais bien d'un droit reconnu à son profit par les puissances étrangères, et notamment par celle d'entre elles qui, étant la principale bénéficiaire des Capitulations, eût eu le plus d'intérêt à le contester, si la contestation eût été possible, la France. Sur la façon dont on concevait en France, à la veille de la Réforme, les relations administratives du Gouvernement égyptien

avec les étrangers établis sur son territoire, nous avons un renseignement d'autant plus précieux qu'il date d'un moment où les pourparlers en vue de l'établissement d'un nouveau régime battaient le plein, où l'attention de l'opinion française était, dès lors, particulièrement attirée par ces questions, et qu'il émane de celle des juridictions d'appel qui, par son contrôle et son action réformatrice, a mission d'assurer la marche régulière et uniforme de la jurisprudence des tribunaux consulaires français d'Orient. C'est celui que nous fournit l'arrêt de la Cour d'Appel d'Aix du 22 mars 1872 (1) rendu sous la présidence et rédigé par la plume d'un des hommes qui ont le plus profondément creusé les matières du droit consulaire et capitulaire, d'un spécialiste qui avait été l'un des membres les plus écoutés de la Commission française de 1867, M. Féraud-Giraud.

Un Français établi à Alexandrie y avait ouvert une importante imprimerie et commencé la publication d'un journal, sans se conformer aux prescriptions des lois locales sur la police de la presse. Pour faire cesser ces agissements illégaux, le Gouvernement égyptien recourut à la procédure, si largement utilisée dans le règlement de 1857, qui consistait à saisir d'une plainte l'agent diplomatique du pays auquel ressortissait le contrevenant, pour obtenir que celui-ci fut déféré à la juridiction consulaire de son pays et que celle-ci intervint pour réprimer la contravention. Le tribunal consulaire d'Alexandrie, ainsi appelé à connaître de l'affaire, constata que l'observation

(1) DALLOZ, 1873, II, 126. — CLUNET, I, 1874, p. 123 et, sur les textes invoqués et mis en œuvre dans cet arrêt, FÉRAUD-GIRAUD, *De la juridiction française dans les Echelles du Levant*, 2^e édition, 1866, I, p. 462.

des règlements de police s'impose à tous ceux qui veulent vivre et exercer leur activité dans le pays que régissent les règlements et, comme sanction de leur violation par le défendeur, il ordonna la fermeture de l'imprimerie ouverte par lui, mais se refusa à prononcer à son encontre les peines d'emprisonnement et d'amende prévues dans les lois locales sur la police de la presse. Sur l'appel formé par le contrevenant, la Cour d'Aix donna son approbation à la sentence du tribunal consulaire par des motifs très soigneusement et très savamment rédigés.

« Attendu, dit-elle, qu'aux termes de l'article 1 de la loi du 28 mai 1836, l'autorité judiciaire française connaît des contestations, délits et crimes commis par les Français dans le Levant, dans les cas prévus par les traités et capitulations ou autorisés par les usages...; attendu que, si la presse est régie, en ce qui concerne sa police, son régime et ses conditions d'existence par la loi territoriale de chaque pays et, si à ce point de vue, elle ne peut être soumise en Egypte à nos lois spéciales qui seules peuvent servir de base à la justice répressive française, les tribunaux français dans le Levant ont toutefois le droit et le devoir de faire cesser en les réprimant les actes de leurs nationaux résidant sur ce territoire, lorsque ces actes se produisent au mépris et en contravention aux lois de police et de répression du pays et lorsqu'ils sont dénoncés à nos agents par l'autorité locale... Attendu qu'il résulte des dispositions des lois visées dans le jugement dont est appel et qui ont été portées par le Gouvernement ottoman à la connaissance des agents des puissances étrangères sans protestation de leur part..., que nul étranger ne peut, dans ce pays, établir une imprimerie et publier un journal sans s'être préalablement adressé au Ministre des Affaires étrangères

et sans avoir obtenu une autorisation spéciale...; que, dans ces circonstances, c'est à bon droit que le tribunal consulaire français saisi, conformément aux Capitulations, de la plainte portée par le Gouvernement égyptien contre un Français, et reconnaissant que cette plainte était fondée, a déclaré la culpabilité du délinquant et, *sans appliquer les peines d'emprisonnement et d'amende édictées par les lois étrangères, a ordonné les mesures nécessaires pour faire cesser une contravention flagrante à des lois de police qui commandent soumission à tous les résidents sans distinction de nationalité.*

90. M. Pélissié du Rausas ne se dissimule pas que cet arrêt de la Cour d'Appel d'Aix paraît donner un démenti des plus formels à sa théorie de l'immunité administrative et la saper par la base en démontrant que, déjà, avant la Réforme judiciaire, les étrangers étaient soumis en Egypte, de l'aveu même de la France, à l'action du pouvoir administratif local. Aussi s'efforce-t-il d'infirmer l'autorité de cette décision et la juge-t-il avec une singulière sévérité (1). C'est, nous dit-il, « *un monument d'incohérence juridique* ». Elle est « *manifestement contraire à tous les principes juridiques* ». Les magistrats qui l'ont rendue « *étaient obsédés par une idée fixe : l'idée de la souveraineté territoriale des Etats* », — qui apparaît sans doute pour l'instant à M. Pélissié du Rausas comme un assez grossier préjugé, mais qui n'en reste pas moins l'une des bases essentielles sur lesquelles a été édifiée, à tort ou à raison, toute la doctrine du droit international public. — Aux yeux de l'éminent professeur, la décision de la Cour d'Aix ne peut

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 261-263.

s'expliquer que comme le résultat d'une confusion ou d'une inadvertance. Les magistrats n'ont pas compris l'espèce qui leur était soumise. « *La portée juridique de cette décision a pu leur échapper* ». « *Ils ont été trompés par l'apparente similitude des espèces* » entre le cas qu'ils avaient à juger et le cas incidemment tranché par la Cour de Cassation, dans un arrêt du 28 novembre 1857 (1) où, à l'occasion d'une action intentée par un Français contre un autre Français, à raison de diffamations commises par la voie de la presse à Constantinople, elle a été conduite, tout en admettant la compétence en la matière de la juridiction consulaire française, parce qu'il s'agissait d'une affaire entre Français, à proclamer « que la presse est régie en ce qui concerne sa police, son régime et ses conditions d'existence, par la loi territoriale de chaque pays » et à décider que si, au lieu d'un délit commis contre un particulier, il s'était agi d'une contravention aux lois de police et de sûreté de l'Empire ottoman, le délit aurait dû alors être jugé d'après les règles de la loi ottomane. « Ils n'ont pas vu que les espèces étaient différentes ni surtout que ce qui était vrai à Constantinople pouvait ne pas l'être à Alexandrie. Comme, dans l'espèce qui leur était soumise, il s'agissait d'un délit de presse et comme, d'autre part, ce délit de presse avait été commis dans l'Empire ottoman...; ils se sont cru liés par la déclaration de principes faite par la Cour de Cassation. A leur tour ils ont proclamé le même principe... ». La solution admise par la Cour de Cassation en 1857 s'appliquait aux parties de l'Empire ottoman qui sont restées dans la sujétion directe du Sultan, c'est-à-dire à un milieu où le principe de l'immu-

(1) Cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, *l. c.*, I, p. 415-416.

nité juridictionnelle, limité dans son étendue n'empêche pas les Européens d'être soumis, pour toutes les infractions commises aux lois de police et de sûreté, au jugement des tribunaux ottomans et à l'application des peines prévues par les lois locales. En 1872, la Cour d'Aix, soit par défaut de réflexion, soit par inaptitude à en comprendre les raisons d'être, a stupidement transporté cette solution dans un milieu, l'Egypte, où elle devient incompréhensible, parce que l'immunité judiciaire y est absolue en matière pénale et ne permet pas que les tribunaux indigènes, qui seuls peuvent appliquer les lois du pays, puissent se saisir de la connaissance des infractions commises par les étrangers contre les lois de sûreté et de police territoriales, pour les réprimer par les peines contraventionnelles prévues dans la législation locale.

La supposition à laquelle recourt notre savant contradicteur pour se débarrasser d'une décision judiciaire inconciliable avec sa thèse — application aveugle faite à l'Egypte, par suite de l'ignorance ou de l'incompréhension des différences d'organisation judiciaire séparant les milieux, d'une décision émise par la Cour de Cassation pour l'Empire ottoman proprement dit — paraîtra vraiment bien téméraire pour peu qu'on se rappelle que l'arrêt, qu'elle a la prétention assez peu justifiée d'expliquer, a été rédigé par un spécialiste, M. Féraud-Giraud qui possédait, à en juger par ses ouvrages, une connaissance tout aussi profonde des institutions judiciaires françaises de l'Orient de son temps, que celle que M. Pellissier du Rausas lui-même peut avoir du fonctionnement actuel des Capitulations. Le rapport que ce dernier veut établir entre l'arrêt de la Cour de Cassation de 1857 et l'arrêt de la Cour d'Aix de 1872 est complètement chimé-

rique. On chercherait vainement dans le second la trace d'une influence quelconque exercée par le premier. Les espèces auxquelles ils se réfèrent sont beaucoup trop dissemblables pour qu'on puisse utilement les rapprocher. L'un vise une question de délimitation de compétence entre tribunaux ottomans et tribunaux français ; l'autre une question qui n'intéresse que l'organisation interne de la juridiction consulaire française en Egypte. On ne saurait donc conclure de l'un à l'autre.

91. Si l'on fait abstraction de cette hypothèse indémontrée et indémontrable d'une imitation irraisonnée de précédents incompris, ainsi que d'un certain nombre d'épithètes peu laudatives, qui constituent des appréciations sentimentales, mais non pas des jugements motivés, les pages que consacre M. Péliissié du Rausas à sa tentative de réfutation de la doctrine contenue dans l'arrêt de 1872 se résument finalement dans la critique suivante : « Il est difficile de ne pas constater entre les prémisses posés par cet arrêt et sa conclusion la plus étrange contradiction. S'il est vrai de poser en principe que la presse étrangère en Egypte est régie, quant à sa police, par la loi territoriale, c'est-à-dire, dans l'espèce, par la loi ottomane, la double conclusion qui s'impose est que *les pénalités édictées par cette loi sont applicables au publiciste étranger et que ces pénalités doivent lui être appliquées par les tribunaux égyptiens*, car la loi territoriale réserve formellement et exclusivement aux tribunaux territoriaux le jugement des contraventions commises en matière de presse. *Il est contradictoire et absurde de distinguer entre les dispositions d'une loi et sa sanction, et de décider, d'une*

part que les dispositions sont applicables et, d'autre part, que la sanction ne l'est pas » (1).

Certes, nous comprendrions aisément que les solutions consacrées par l'arrêt du 21 août 1872 puissent paraître absurdes et contradictoires, par conséquent inadmissibles, à des juristes habitués à cantonner leurs études dans le domaine des systèmes d'organisation judiciaire en usage dans les pays de pleine souveraineté, et n'ayant aucune notion des complications et des incohérences apparentes auxquelles conduit nécessairement, dans les milieux comme l'Egypte, la combinaison de la souveraineté nationale de l'Etat avec les privilèges reconnus aux ressortissants et protégés des puissances étrangères. Mais le jugement que nous venons de reproduire s'explique beaucoup moins bien sous la plume d'un spécialiste, comme M. Pélassié du Rausas, qui doit savoir mieux que tout autre que le caractère d'illogisme, qu'il reproche si sévèrement à la décision de la Cour d'Aix, constitue l'un des défauts les plus apparents du système général des Capitulations et reparait inévitablement plus ou moins dans tous les détails de la mise en œuvre de ce régime.

Un usage déjà ancien, qui avait pris son maximum d'ampleur et de précision à partir de la promulgation du règlement de Saïd Pacha en 1857 (2) et que mentionnent à plusieurs reprises les travaux préparatoires de la Réforme (3) — l'usage est, on le sait, une source du droit

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 261.

(2) DISLÈRE ET DE MOUY, *Droits et devoirs des Français dans les pays d'Orient*, 1893, p. 95. — LAMBA, *l. c.*, p. 77-78 et 268.

(3) *Rapport de Nubar Pacha*, dans *Documents diplomatiques*, 1869, XIII, p. 77 et suiv. — *Rapport de la Commission française de 1867* dans BORELLI-BEY, *l. c.*, p. XLII.

capitulaire; nous n'avons pas besoin de le rappeler à M. Péliissié du Rausas qui le répète assez souvent (1) — voulait que les autorités égyptiennes pussent saisir, par la voie diplomatique, les tribunaux consulaires de la connaissance des infractions aux lois de police et de sûreté du pays commises par les bénéficiaires des Capitulations et leur demander d'user des pouvoirs d'injonction ou de répression judiciaires, qui leur appartenaient en vertu du principe de l'immunité juridictionnelle, pour faire cesser ces infractions. Pour les Consulats français, cet usage international trouvait d'ailleurs un appui et un instrument de mise en œuvre dans l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 1 de la loi du 28 mai 1836.

M. Péliissié du Rausas aurait voulu qu'au lieu de s'incliner purement et simplement devant l'usage en question, la Cour d'Aix en entreprit la critique et tint le raisonnement suivant : Si l'on invite la juridiction consulaire française à intervenir pour imposer à ses justiciables le respect des lois de police et de sûreté du pays, c'est donc que l'on considère celles-ci comme obligatoires à l'égard des Européens. Mais alors il faut les appliquer jusqu'au bout, et non pas à demi. Or ces lois assignent compétence pour connaître des contraventions à leurs dispositions aux tribunaux indigènes, et à eux seuls. La juridiction consulaire, investie à tort par l'usage en question d'une mission qu'elle est inapte à remplir, aurait dû s'en dessaisir pour la renvoyer aux tribunaux indigènes seuls compétents.

92. L'affirmation qui forme le centre de ce raisonnement est déjà plus que sujette à caution. Il est vrai que la

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *l. c.*, I, p. 124-125, II, 132 ; 180-187 ; 245-255 ; 472-474.

loi ottomane, qui était mise en jeu dans l'espèce soumise à la Cour d'Aix, attribue compétence aux tribunaux indigènes pour juger les contraventions à ses ordres, même commises par des étrangers. Et cela s'explique tout naturellement par le mécanisme général de l'organisation judiciaire ottomane, qui n'étend pas l'immunité juridictionnelle à cette partie du droit pénal. Mais il n'en est plus de même, ni pour le règlement de police de Saïd Pacha, ni pour les circulaires de décembre 1857 et du 7 octobre 1863 par lesquelles le Gouvernement égyptien a annoncé aux puissances son intention de mettre en application sur son territoire, même à l'égard des étrangers, la législation ottomane de la police de la presse et qui déterminent la portée que prend cette législation dans son adaptation à l'Egypte. Dans ces textes, le Gouvernement égyptien, loin de prétendre faire brèche à l'immunité juridictionnelle — qui, en Egypte, à la différence de l'Empire ottoman proprement dit, est absolue en matière pénale — cherche, au contraire, à utiliser la compétence que cette immunité confère à la juridiction consulaire pour associer celle-ci à son œuvre de police locale. M. Péliissié du Rausas n'arrive à donner l'illusion d'une contradiction entre l'usage international invoqué dans l'arrêt de la Cour d'Aix et les lois locales, dont cet usage tendait à assurer l'application, qu'en substituant, comme représentant du droit local, le droit ottoman au droit égyptien.

L'affirmation, que nous venons de réfuter, eût-elle été exacte, qu'elle n'eût pas cependant suffi à justifier les conclusions qu'en tire l'auteur. Dans la mise en œuvre d'usages internationaux de nature à réagir sur le fonctionnement de la législation interne de leurs pays, les

tribunaux n'ont à remplir qu'une tâche d'interprétation et d'application aux espèces individuelles; ils ne sont pas chargés de les reviser, d'en discuter l'opportunité et la valeur logique. N'est-ce pas d'ailleurs faire un étrange usage de la logique que proclamer en son nom que les puissances européennes n'ont pas pu atteindre le but limité et le résultat soigneusement dosé qu'elles visaient aux alentours de 1857, en coopérant à l'établissement de l'usage international ci-dessus décrit; — but qui était incontestablement d'imposer à leurs ressortissants établis en Egypte le respect de l'ordre public local sans pour cela les exposer à être traduits devant des juridictions indigènes dont l'impartialité et la compétence technique ne paraissaient pas suffisamment assurées — ; qu'elles ne pouvaient qu'opter entre l'une ou l'autre de ces deux solutions radicales : ou bien refuser toute autorité aux lois de police égyptiennes à l'égard de leurs nationaux, ou soumettre ces derniers, pour toutes les infractions à ces lois, au jugement des tribunaux locaux ; qu'il ne leur était pas possible de s'arrêter à une solution intermédiaire, l'intervention des tribunaux consulaires pour veiller, dans la mesure où le demanderaient les autorités locales, à l'observation des règlements de police par les Européens. Faut-il donc oublier que les transactions internationales sont précisément faites, d'ordinaire, de ces concessions mutuelles, de ces demi-mesures, de ces cotes mal taillées ? Et l'interprète, même judiciaire, a-t-il compétence pour substituer, aux mesures prises par le législateur ou par la coutume internationale, les mesures qu'il estime qu'il eût été préférable d'adopter ? N'abuse-t-on pas également de la logique quand on se prévaut de son autorité pour affirmer que la concession que les puissances européennes ont

réellement consenti à faire aux exigences du maintien de l'ordre public égyptien, en laissant s'établir l'usage en question, en implique inévitablement une seconde, la renonciation à l'immunité juridictionnelle et à l'immunité législative en matière de droit pénal contraventionnel; quand on ne veut pas tenir compte de la première sous prétexte que les puissances intéressées se sont toujours refusées à accorder la seconde et quand on prétend établir une indivisibilité de fait entre des éléments que l'histoire démontre avoir été effectivement dissociés pendant la période qui nous occupe?

En invitant les juridictions consulaires à se saisir, sur la plainte des autorités égyptiennes, de la connaissance d'infractions commises par leurs justiciables aux lois de police locales, sans écarter du même coup, pour cette catégorie d'affaires, l'immunité législative pénale, sans autoriser, par conséquent, les juges à appliquer aux contrevenants les peines corporelles et pécuniaires prévues par les lois indigènes, l'usage international invoqué par la Cour d'appel d'Aix aboutissait, dit M. Péliissié du Rausas, à une absurdité qui ne permettait pas qu'on le prit en considération : séparer la disposition de la loi de sa sanction. La formule est tout d'abord excessive. Car les sanctions pénales ne sont pas, bien s'en faut, les seules sanctions possibles ou habituelles des lois administratives ou des actes d'autorité des administrations publiques. L'affaire solutionnée par l'arrêt de la Cour d'Aix le montre assez. Car, à défaut des sanctions pénales qu'elles se reconnaissaient interdites, les juridictions successivement saisies ont appliqué une autre mesure de coercition, la fermeture de l'imprimerie clandestinement ouverte. Peut-être toutefois aurait-on pu se demander si

cette mesure, conciliable avec l'immunité juridictionnelle pénale, ne risquait point de se heurter, en le violant, à quelque autre privilège capitulaire des Européens ? La Cour d'Aix ne s'est pas posé la question.

Il faut donc, pour la rendre exacte, rectifier la formule de M. Péliissié du Rausas et dire : le système suivi par la Cour d'Appel d'Aix a pour conséquence de séparer les prescriptions des lois administratives locales, non pas de toutes leurs sanctions, mais de leurs sanctions pénales ; par conséquent de proclamer en principe les pouvoirs de commandement de l'administration publique égyptienne par rapport aux étrangers, mais en lui refusant la faculté de recourir, pour se faire obéir d'eux, aux moyens de pression qui sont d'ordinaire les plus efficaces. Méthode sans doute peu recommandable au point de vue rationnel, mais qui n'en reste pas moins la méthode habituellement suivie dans le système des Capitulations où, sans dénier à l'Etat égyptien les prérogatives essentielles de la puissance publique, on aboutit cependant à en gêner, et même parfois à en paralyser l'exercice par l'effet des privilèges et immunités conférés aux sujets et aux protégés des puissances étrangères.

93. Nous préférons à la logique de M. Péliissié du Rausas l'illogisme de la Cour d'appel d'Aix. Car ce dernier a le grand mérite de refléter très fidèlement l'esprit des Capitulations, et de nous présenter les faits internationaux à la veille de la Réforme tels qu'ils étaient, et non pas tels qu'ils auraient dû être, tandis que la logique de M. Péliissié du Rausas jongle avec les hypothèses et les suppositions sans aucun souci de garder le contact avec les réalités historiques.

Le renseignement contenu dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix, contre l'évidence duquel notre éminent contradicteur se débat en vain et dont il nous signale lui-même l'importance par l'énergie, d'ailleurs infructueuse, qu'il apporte à l'attaquer, achève de confirmer les indications concordantes que nous a déjà fournies l'étude des autres précédents égyptiens de la Réforme judiciaire. Nous croyons pouvoir tenir pour bien et définitivement établi qu'il n'y a pas trace dans les institutions locales antérieures à la Réforme, ni d'une soustraction générale des étrangers et protégés à la soumission aux règlements et aux actes d'autorité du Gouvernement égyptien, ni d'une obligation corrélatrice pour ce dernier de réparer par la voie d'indemnités pécuniaires tous les dommages quelconques que l'exercice de ses pouvoirs administratifs a pu causer à ceux des habitants du pays qui sont couverts par la protection des Capitulations. Il ne nous paraît pas douteux que l'interprétation principale, donnée par M. Péliissié du Rausas à l'article 11 du *R. O. J.*, ne trouve pas le plus léger point d'appui dans les institutions administratives en vigueur en Egypte au temps où se négociait la Réforme judiciaire.

SECTION II

Contradiction avec les précédents européens de la Législation de 1875

94. Cette interprétation peut-elle s'expliquer au moins comme une importation d'origine occidentale? Pas davantage. Nous avons eu l'occasion de constater que, de part et d'autre, les négociateurs de la Réforme ou, tout au moins, ceux qui ont joué le rôle prépondérant dans ces négociations, étaient imbus des conceptions juridiques de la doctrine française, et que leur œuvre a été rédigée en général à l'imitation et sous l'influence, sinon exclusive, du moins prédominante de la législation civile, commerciale et pénale de la France. Cette influence s'est visiblement fait sentir sur l'article 11 par le choix des termes employés pour définir les limites apportées au pouvoir de contrôle donné aux tribunaux mixtes sur les actes de l'administration susceptibles de léser les droits subjectifs des particuliers et caractériser les catégories d'investigations dans le domaine administratif qui leur sont interdites. Ces tribunaux, dit l'article 11, ne pourront « *ni interpréter, ni arrêter l'exécution des actes administratifs* ». Nous reconnaissons ici la formule traditionnelle, et en quelque sorte stéréotypée, qui sert dans la jurisprudence et la doctrine françaises à exprimer la portée pratique du principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative, envisagé au point de vue des barrières qu'il oppose aux empiètements

de la première de ces autorités sur la seconde. M. Pélissié du Rausas donne incontestablement à cette formule technique une signification absolument contraire à celle qu'elle a eue de tout temps dans le langage du droit français, quand il l'interprète comme impliquant que « l'autorité judiciaire n'a pas à connaître des décisions de l'autorité administrative, ni pour interpréter ces décisions ni pour les apprécier, *ni pour les appliquer* »; qu'elle « *doit ignorer les décisions de l'autorité administrative* » et qu'elle *n'a pas l'obligation d'assurer ou de garantir l'exécution de ces décisions* » (1).

Il n'est pas douteux que ces mots consacrés « ni interpréter, ni arrêter l'exécution d'une mesure administrative » qui figuraient déjà, avec une légère variante, dans la Constitution du 5 fructidor an III, article 203, « ni arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi », veulent dire dans la jurisprudence française exactement l'opposé de ce que M. Pélissié du Rausas prétend leur faire dire dans leur application à l'Égypte, et qu'ils signifient que les tribunaux judiciaires ne peuvent paralyser l'action de l'autorité administrative, ni directement, en se saisissant de questions qui échappent à leur cercle légal de connaissance, ni indirectement en refusant leur concours à l'exécution des décisions de l'autorité administrative, quand ce concours est nécessaire pour les amener à une complète réalisation. En droit français, cette formule est destinée à exprimer, non pas que les deux autorités concurrentes doivent s'ignorer l'une l'autre, comme l'affirme M. Pélissié du Rausas, mais, au contraire, que chacune d'elles doit respecter ce que l'autre a fait dans le cercle de sa compétence et prêter main-forte à l'autre

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, l. c. II, p. 466.

pour la mise en exécution de ses ordres. Pour s'en convaincre, il n'est pas nécessaire d'entreprendre des recherches fort approfondies, ni de compulsier des ouvrages spéciaux d'érudition légale. Il suffira d'ouvrir l'une quelconque de ces grandes compilations françaises de jurisprudence qui constituent l'instrument de travail usuel du magistrat ou de l'avocat.

95. Nous renvoyons notamment au répertoire méthodique du *Dalloz*, dont la publication a pris fin vers le moment où commencent les négociations de la Réforme, et que les inspireurs techniques de la législation de 1875 ont certainement eu entre les mains. On y lira, au mot *compétence administrative*, nos 181 et suiv., que chacune des autorités, administrative et judiciaire, est obligée à « respecter et appliquer les actes émanés de l'autre »; que l'autorité judiciaire en particulier doit s'incliner devant les actes et les jugements administratifs, que « les tribunaux ne doivent ni s'immiscer dans la connaissance des actes administratifs, ni mettre virtuellement obstacle à leur exécution, mais qu'ils sont tenus au contraire de s'y conformer »; qu'il est notamment « évident que l'autorité judiciaire ne peut pas, en s'abstenant de faire mention d'actes administratifs produits au procès, paralyser, par le fait d'un jugement, l'exécution de ces actes » (1).

On retrouvera les mêmes constatations de fait dans le répertoire, de composition plus récente, de Fuzier-Hermann, où l'auteur de l'article *Compétence administrative* résume en ces termes (nos 22 et suiv.) la jurisprudence

(1) Les mêmes idées sont naturellement reproduites, avec de nouvelles décisions judiciaires à l'appui, dans le *Supplément au répertoire du Dalloz*, v^o *Compétence administrative*, nos 280-290.

invariable des tribunaux français. « Elle décide, dit-il, que la loi des 16-24 août 1790 a eu pour objet de déclarer les tribunaux judiciaires incompétents pour interpréter les actes administratifs ou pour statuer sur leur validité; mais que ces tribunaux *ont parfaitement qualité pour appliquer ceux de ces actes dont, ni le sens, ni la régularité ne sont contestés et qu'ils ont même le devoir d'en assurer l'exécution* ». Cet article du répertoire de Fuzier-Hermann consacre même un paragraphe spécial, fort développé, à l'étude de l'*obligation d'appliquer les actes administratifs* incombant à l'autorité judiciaire (n^{os} 93 à 179), qui débute par ces mots : « La règle qui impose aux tribunaux judiciaires l'obligation d'appliquer les actes administratifs doit se combiner avec celle qui leur interdit de les interpréter; il suit de là qu'ils ne peuvent ni ne doivent appliquer que les actes clairs et dont la régularité n'est pas douteuse ». Et l'arrétiste analyse une longue série de décisions judiciaires d'où il résulte notamment qu'en se refusant à faire application d'actes administratifs, dont la portée n'est pas réellement contestable, les tribunaux judiciaires méconnaîtraient leur compétence et s'exposeraient à la censure de la Cour de Cassation » (1).

96. Nous jugeons inutile de multiplier les citations. Celles que nous venons de faire suffisent amplement à fixer la signification qu'a, en droit français, la défense adressée aux tribunaux « d'interpréter ou arrêter l'exécution des actes administratifs ». D'ailleurs M. Péliissié du Rausas pourrait nous objecter, à très juste titre, que ce n'est pas dans le droit français qu'il convient de chercher les principaux,

(1) *Répertoire général alphabétique du droit français*, XII, p. 582 et suiv. V^o *Compétence administrative*, n^{os} 22 et suiv.

ni même les véritables précédents européens de la disposition de l'article 11. Ici, en effet, l'influence française ne s'est fait sentir qu'à la surface, dans la tournure donnée à la rédaction, dans la terminologie employée pour exprimer la partie restrictive ou prohibitive du dispositif de ce texte. En ce qui concerne l'organisation de la défense judiciaire des droits des particuliers contre les empiètements des administrations publiques, le *R. O. J.* ne s'est incontestablement point inspiré de la méthode française; nous démontrerons, dans la suite de cette étude, qu'il s'est rangé au système connu dans la littérature du droit comparé sous le nom de système belge, système qui n'a pas d'ailleurs exercé sa réaction sur le droit égyptien d'une façon directe, mais seulement par l'intermédiaire de la législation italienne de 1865. Mais les précédents fournis par les droits belge et italien sont-ils plus favorables à la thèse de M. Péliissié du Rausas que les précédents du droit français? Non, certainement.

Car la Constitution belge de 1831 dispose, dans son article 107, que « les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois » et, comme le fait fort bien remarquer M. Errera (1), il résulte de la généralité même du mot arrêté, que cette disposition vise tous les actes administratifs, individuels ou généraux. Il en résulte que, si les tribunaux belges doivent se refuser à appliquer les actes administratifs et les règlements d'administration, dont l'illégalité leur est démontrée, ils ont, en revanche, le devoir non moins impérieux de prêter leur concours à l'exécution de ces actes et règlements, quand

(1) ERRERA, *Traité de droit public belge*, p. 254 et suiv.

la démonstration d'illégalité n'est pas faite, pourvu, bien entendu, que la forme de concours qu'on leur demande rentre dans le cercle des attributions judiciaires (1). Plus explicite peut-être encore est la loi italienne du 20 mars 1865 qui, après avoir posé dans son article 4 la règle de protection judiciaire des droits acquis contre les atteintes dues à des actes administratifs qui paraît avoir servi de modèle à l'article 11 du *R. O. J.*, ajoute immédiatement, dans son article 5. « Dans ce dernier cas (contestation née d'une lésion réelle ou prétendue à un droit subjectif par un acte administratif), comme dans tout autre, *les autorités judiciaires appliqueront les actes administratifs et les règlements généraux et locaux, en tant qu'ils seront conformes aux lois* ». Le moment n'est pas encore venu d'étudier ce texte qui ne peut guère être séparé de l'ensemble des dispositions de la loi du 20 mars 1865. Ces dispositions présentent une importance capitale pour la compréhension du véritable sens de l'article 11 du *R. O. J.* A ce titre, nous aurons l'occasion de les retrouver bientôt. Contentons-nous pour l'instant, d'emprunter à l'excellente étude de M. Vacchelli une énumération sommaire des principales conséquences de l'article 5.

« Il était nécessaire, dit M. Vacchelli, d'empêcher que l'autorité judiciaire rende, par ses sentences, inefficaces les actes des administrations publiques; mais, d'autre part, il n'était pas non plus possible d'obliger l'autorité judiciaire à observer tout acte administratif par cela seul qu'il provient d'une autorité administrative, ce qui aurait rendu illusoire l'action de la défense juridictionnelle. De là donc

(1) THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 2^e édition, p. 325-335.

un nouveau système de limites entre les deux autorités qui, sauf l'examen plus attentif qui trouvera place dans la suite, se résume dans les propositions suivantes : défense à l'autorité judiciaire d'annuler l'acte administratif ; compétence pour connaître s'il est conforme aux décrets et règlements ; obligation de prendre en considération les actes administratifs dans la mesure seulement où ils concernent un cas de la compétence des tribunaux... » (1). On voit par là que, sous l'empire de celle-là même des lois occidentales qui a fourni le modèle le plus direct de la disposition de l'article 11 du *R. O. J.*, il est bien certain que les tribunaux judiciaires sont astreints à l'obligation de coopérer à la mise en exécution des actes administratifs, à moins que ceux-ci ne soient entachés d'illégalité ou ne portent atteinte à un droit individuel, et que, dans ce dernier cas, l'acte administratif continue encore à lier l'autorité judiciaire dans la mesure où le titulaire du droit lésé n'est plus intéressé à sa non application.

97. De quelque côté que nous nous retournions, soit que nous scrutons les origines de la disposition de fond de l'article 11, soit que nous examinons la genèse de la formule « ni interpréter ni arrêter l'exécution d'un acte administratif », nous aboutissons toujours à cette constatation que les précédents européens, n'offrent pas plus de points d'appui que les précédents égyptiens à l'interprétation que prétend donner à notre article M. Péliissié du Rausas. Si cette interprétation était exacte, il faudrait donc reconnaître que la disposition de l'article 11 est une création réellement originale, une trouvaille des législateurs de la Réforme. Peut-on réellement leur attribuer cette trouvaille ? Demandons-le aux travaux préparatoires.

(1) VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa* dans le *Trattato d'Orlando*, III, p. 369.

SECTION III

**Contradiction avec les Travaux préparatoires
de la Réforme**

98. Dans la dernière section de notre livre I, nous avons suivi, au travers des négociations de la Réforme, la disposition du futur article 11 depuis ses origines, dans le premier projet préparatoire de Nubar Pacha, jusqu'à sa fixation définitive, dans la rédaction du *R. O. J.* arrêtée après l'achèvement des travaux de la Commission internationale de Constantinople en 1873. Nous avons pu nous convaincre qu'il n'y a pas grand chose à tirer pour l'interprétation interne de l'article 11 de la partie des travaux préparatoires qui s'échelonne de 1867 à 1873. Si l'opportunité de l'inscription de prescriptions de ce genre à l'intérieur même du règlement d'organisation judiciaire a été mise en doute par quelques-uns des délégués au cours des délibérations de la Commission de 1869, la règle de fond exprimée dans les textes correspondant au futur article 11 n'y a pas vraiment formé l'objet d'un échange de vues contradictoire. Somme toute, on peut dire que cette disposition s'est transmise, avec des modifications de forme et des changements de place au travers de tous les projets successifs de *R. O. J.*, sans y soulever aucune de ces discussions ou de ces demandes d'explication qui

peuvent aider l'interprète à fixer le sens d'un texte par référence aux intentions manifestées par ses rédacteurs.

C'est seulement dans le dernier stade de l'histoire de la Réforme, à un moment où le dispositif du *R. O. J.* était à peu près définitivement arrêté par la rédaction de 1873 — suivie elle-même de quelques corrections sur la demande de la France — et par l'approbation donnée au document ainsi rectifié par la majorité des puissances intéressées, que la disposition de l'article 11 qui, après les hésitations de la première heure exprimées dans la Commission de 1869 par M. Piétri, semblait avoir forcé l'adhésion unanime des négociateurs, est devenue subitement litigieuse et a commencé à donner naissance à des pourparlers, fort animés, entre les Gouvernements français et égyptien. Les documents relatifs à ce dernier épisode de l'élaboration diplomatique de la Réforme constituent l'objet principal du Livre Jaune de novembre 1875. Ils sont donc d'un accès facile pour la majorité de nos lecteurs et nous pouvons, dès lors, glisser assez rapidement sur leur analyse en nous bornant à reproduire les passages de cette correspondance diplomatique qui sont vraiment essentiels pour la compréhension du sens final de l'article 11.

99. Le conflit surgit vers le début de l'année 1875. Le 19 février de cette année, le Ministre des Affaires étrangères de France, le duc Decazes écrit au Consul général de France à Alexandrie : « Malgré les termes de l'article 11 du règlement qui dénie aux tribunaux mixtes la faculté d'interpréter (*et partant d'appliquer*) des mesures administratives, quelque doute paraît s'être élevé dans l'esprit de notre Consul-Juge, M. Gazay, au sujet de

l'intention que pourrait avoir le Gouvernement égyptien de déférer à la juridiction nouvelle ses contestations avec les résidents étrangers en matière de taxes et d'impôts. Il importe de couper court à toute prétention de ce genre. Je m'en remets à votre prudence, pour obtenir, à cet égard, sous la forme que vous jugerez la plus opportune, des sûretés positives » (1). Nous trouvons ici, développée par le duc Decazes, l'interprétation de l'article 11 que préconise aujourd'hui M. Pélissié du Rausas ou, tout au moins, l'un des éléments fondamentaux de cette interprétation, la dénégation aux tribunaux mixtes du droit de tenir compte des actes administratifs pour les appliquer. Mais notons bien dans quelles conditions cette conception de l'article 11, qui va tout naturellement se heurter à la conception opposée du Gouvernement égyptien, se fait jour en février 1875.

Le Ministre français des affaires étrangères vient d'être informé que le Gouvernement égyptien songe à utiliser la compétence donnée par l'article 11 aux tribunaux de la Réforme en matière de litiges administratifs pour les appeler lui-même à statuer sur ses contestations en matière d'impôt avec les Européens établis sur son territoire, et pour utiliser ainsi les pouvoirs de contrainte que le projet de *R. O. J.* confère aux sentences de ces tribunaux, dans le but de mieux assurer la perception de ses taxes financières. On comprend aisément la défiance et l'inquiétude qui s'éveillent à cette nouvelle dans la pensée du ministre. Les Européens jouissaient, en vertu des Capitulations, d'immunités fiscales qui leur permettaient d'échapper à tous les impôts locaux, hormis les

(1) *Documents diplomatiques, Livre Jaune de novembre 1875*, p. 5.

droits de douanes et l'impôt foncier. Le Gouvernement égyptien n'avait-il pas l'arrière-pensée de se servir de l'organe des tribunaux mixtes pour tourner ces privilèges et les rendre illusoires? L'article 11, que les puissances étrangères avaient accueilli jusque-là avec faveur, parce qu'elles y voyaient une précieuse garantie donnée à leurs nationaux contre l'arbitraire administratif, allait-il se retourner contre ces nationaux, et servir à leur imposer en fait, sans le consentement de leurs Gouvernements, les nouvelles formes d'impôts qu'il plairait à l'Etat égyptien d'établir?

Sans doute l'article 11 lui-même invitait les tribunaux à refuser leur concours à l'exécution des mesures fiscales contraires aux Capitulations, et par conséquent de nature à léser les droits acquis des étrangers. Mais dans quel esprit l'appliqueraient-ils? Les mesures prises pour assurer leur impartialité et leur indépendance se révéleraient-elles efficaces à l'épreuve de l'expérience? Leurs membres sauraient-ils toujours résister aux séductions ou à la pression des autorités locales? Le Gouvernement français n'était pas rassuré à cet égard. La reconnaissance au profit des tribunaux mixtes d'une compétence en matière de contentieux de l'impôt, à laquelle il devait se montrer plus tard si favorable, après avoir vu fonctionner cette compétence et avoir pu en juger les avantages, et qui était appelée à lui fournir en 1896 l'un de ses meilleurs moyens de défense contre la main-mise politique de l'Angleterre sur l'Egypte, lui apparaissait au contraire, en 1875, comme une aventure grosse de périls. Il estimait que la préoccupation des intérêts financiers des Français établis en Egypte devait l'obliger à s'opposer à tout prix au développement de cette compétence des nouveaux tribunaux.

100. Mais comment y mettre obstacle ? Elle semblait bien découler de la formule générale de l'article 11, dont les négociateurs français n'avaient pas su jusque-là démêler les conséquences probables, de sorte qu'ils l'avaient laissée passer sans observation, non seulement dans le projet français de 1870, mais aussi pendant les longues conversations diplomatiques qui avaient précédé en 1872 et suivi, pendant toute la durée de l'année 1874, les travaux de la Commission internationale de Constantinople. Au cours des laborieux pourparlers auxquels avait donné lieu le projet définitif de *R. O. J.* et qu'on peut suivre, se déroulant depuis mars 1873 jusqu'à la fin de 1874, au travers du *Livre Jaune* de janvier 1875 (1), pas un instant les représentants de la France n'avaient songé à comprendre l'article 11 au nombre des dispositions du *R. O. J.* dont ils demandaient la suppression ou la modification. Après avoir obtenu satisfaction, plus ou moins complète, sur les divers points qui avaient donné prise à ses critiques, le Gouvernement français venait de conclure avec l'Égypte, à la date du 25 septembre 1874, un accord préliminaire relatif à la Réforme judiciaire qui n'avait plus besoin pour entrer en vigueur que de l'approbation de l'Assemblée nationale (2). Déjà le *R. O. J.* avait été antérieurement approuvé dans des conventions du même genre par les Gouvernements italien (3), allemand (4), austro-hongrois (5),

(1). P. 147-236.

(2) *Recueil des conventions et protocoles relatifs à la Réforme judiciaire* (publication du Ministère des affaires étrangères égyptien), Le Caire, Imprimerie nationale, 1887 p. 3-5.

(3) Protocole du 23 janvier 1875. Même recueil, p. 7.

(4) Convention du 5 mai 1875. Même recueil p. 15-17.

(5) Convention du 28 mai 1875. Même recueil, p. 21-23.

anglais (1), et la Russie avait suivi quelques jours plus tard l'exemple de la France (2). Dans une circulaire adressée, le 2 décembre 1874, aux agents diplomatiques de la France près des diverses puissances pour leur annoncer l'envoi d'une copie de l'arrangement signé par le Consul général d'Alexandrie avec le Ministre des Affaires étrangères du Khédive, le duc Decazes venait de proclamer que son Gouvernement avait manifestement atteint, dans les négociations poursuivies avec l'Égypte, la limite extrême des concessions à portée de ses efforts et qu'il considérerait comme définitivement close la période des pourparlers (3).

C'est au lendemain de cet accord, suivi d'une sorte de cri de victoire diplomatique, transmis aux diverses chancelleries européennes par l'intermédiaire de ses représentants près d'elles, que le Gouvernement français s'aperçoit que l'une des applications naturelles de cet article 11, qu'il avait considéré jusqu'ici comme inoffensif, risque d'avoir des conséquences fort préjudiciables pour ses ressortissants. Que va-t-il faire? Demander la suppression de cet article 11 qui est déjà revêtu de la sanction de la majorité des grandes puissances et que lui-même vient d'accepter, sous réserve il est vrai de l'approbation de l'Assemblée nationale, mais sans aucune autre restriction que celle-là? C'eût été vraiment bien difficile. Il ne lui restait donc d'autre ressource que d'épiloguer sur la signification du texte, et d'en proposer une interprétation résolument restrictive qui eût chance, non pas

(1) Convention du 31 juillet 1875. Même recueil, p. 27.

(2) Convention du 9 octobre (27 septembre) 1875. Même recueil, p. 31-33.

(3) Documents diplomatiques, Livre jaune de janvier 1875, p. 234-236.

de s'imposer elle-même à l'acceptation du Gouvernement égyptien, mais d'amener celui-ci, dans son désir d'en finir avec des négociations qui traînaient depuis longtemps déjà, à transiger sur le seul point auquel s'intéressât vraiment la diplomatie française, c'est-à-dire sur la question de la compétence des nouveaux tribunaux en matière de contentieux de l'impôt.

101. Cette tactique du duc Decazes se précise dans une lettre du 5 mars 1875 au représentant de la France à Alexandrie. « Je vous ai écrit, dit-il, il y a quelques jours, au sujet des appréhensions qui m'ont été exprimées de différents côtés concernant l'arrière-pensée prêtée au vice-roi de se servir des nouveaux tribunaux pour obtenir, par leur intermédiaire, l'assujettissement des justiciables étrangers à un régime de fiscalité oppressive. *Selon notre manière de voir, les questions d'impôts doivent demeurer étrangères à la compétence de la juridiction nouvelle; les termes du règlement organique accepté par nous excluent la confusion de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, et nous n'admettrions pas que la discussion de la légalité des taxes auxquelles le Gouvernement égyptien voudrait soumettre nos nationaux pût ressortir de plein droit à un pouvoir institué pour la connaissance de contestations purement civiles.* Il y a tout lieu de croire, puisque des doutes ont pu s'élever, que l'Assemblée nationale réclamera de nous des éclaircissements à cet égard. Il est donc indispensable, comme je vous l'ai mandé, que vous puissiez obtenir et me transmettre une garantie positive, *quelle qu'en soit d'ailleurs la forme*, impliquant que nous n'avons pas à craindre, de la part du Gouvernement égyptien, des tentatives dont le pressentiment, si elles n'étaient pas dès

à présent mises hors de question, suffirait peut-être pour faire repousser par l'Assemblée la nouvelle organisation judiciaire, et qui, si elles devaient se produire plus tard, nous obligeraient sans doute à dénoncer les conventions sur lesquelles repose l'œuvre entière de la Réforme » (1).

Après avoir essayé d'expliquer le système de protection judiciaire des droits individuels, que l'article 11 a pour but de consacrer, par rapport au système fort différent de défense administrative qui a cours en France, le duc Decazes, qui ne s'illusionne probablement pas sur la valeur et l'efficacité de ces objections d'ordre doctrinal, signale à l'attention de son correspondant des arguments d'ordre pratique, qui ont chance de faire impression plus vive sur le Gouvernement égyptien et qui sont tirés de l'hostilité que rencontre, près d'une bonne partie des membres de l'Assemblée nationale, le projet de loi portant ratification de la convention du 25 septembre 1874, et qui risque de se transformer en une opposition irréductible si l'opinion française n'est pas promptement rassurée par des garanties nouvelles.

A cette demande de reprise des négociations sur le terrain de l'article 11, transmise par le Consul général de France à Alexandrie, le Gouvernement égyptien, qui se sentait soutenu par l'adhésion donnée à son programme par la plupart des grandes puissances, répliqua, le 18 mai 1875, par une circulaire du Ministre de la justice notifiant aux puissances son intention de procéder à l'installation officielle de la Cour d'Appel mixte le 28 juin de cette année, et de faire fonctionner cette juridiction

(1) Livre Jaune de novembre 1875, p. 6.

ainsi que celle des tribunaux de première instance, à partir du 18 octobre (1).

102. Les instances du Gouvernement français se font alors plus pressantes. Sur un télégramme de rappel, le gérant du Consulat de France à Alexandrie, M. Pélissier de Reynaud, réclame et obtient diverses entrevues avec le Ministre de la justice égyptien, Chérif Pacha, entrevues dont il rend compte en ces termes dans sa lettre du 30 mai 1875. « Chérif Pacha m'a reçu hier..... J'ai abordé franchement la question, en lui donnant à entendre que *je ne venais pas discuter un point de droit*, mais bien lui demander d'une façon claire et précise comment le Gouvernement égyptien interprétait l'article 11 du règlement organique, ajoutant que, dans l'esprit de mon Gouvernement, auquel j'avais à faire une réponse immédiate, *les questions d'impôts et de taxes devaient demeurer étrangères à la compétence de la juridiction nouvelle*; que, pour M. le duc Decazes, les termes de l'article 11 *déniaient aux tribunaux mixtes la faculté d'interpréter, et partant, d'appliquer des mesures administratives*..... Je me suis attaché à bien faire comprendre à Chérif Pacha que vous désiriez avoir à cet égard une garantie positive, des sûretés en l'absence desquelles il était à craindre que l'Assemblée nationale ne repoussât l'ensemble de la nouvelle organisation judiciaire en Egypte. Voulant enfin être certainement compris par le ministre du Khédive..... j'ai eu recours à des exemples et j'ai posé à Chérif Pacha les questions suivantes qui ne demandaient qu'un oui ou un non :

(1) Livre Jaune de novembre 1875, p. 7-8.

« Un Européen refuse de payer une taxe au Gouver-
neur d'Alexandrie : celui-ci pourra-t-il l'assigner devant
le tribunal mixte ? Que fera le tribunal ? Se reconnaitra-
t-il compétent ?

« Le gouverneur d'Alexandrie lance un commande-
ment contre un Européen qui refuse le paiement d'une
taxe quelconque ; l'Européen fait opposition au comman-
dement et assigne, pour faire vider l'opposition, le gou-
verneur devant le tribunal mixte. Suivant l'article 11,
que devra décider le tribunal ? Se déclarera-t-il
compétent ?

« Le gouverneur d'Alexandrie réclame d'un Européen
le paiement d'une taxe ; l'Européen refuse de l'acquitter.
Pour arriver à l'exécution, le gouverneur s'adressera-t-il
à l'autorité consulaire de l'Européen ou au tribunal
mixte ? ».....

« J'ai revu aujourd'hui Chérif Pacha... « Dans la
pensée de mon Gouvernement, m'a-t-il dit, les nouveaux
tribunaux de la Réforme devront être compétents pour
*toutes les questions de taxes ou d'impôts acceptés préalable-
ment par les puissances.* Ainsi le gouverneur d'Alexandrie
devra pouvoir assigner directement un Européen devant
cette juridiction pour l'acquittement d'une taxe *acceptée
par son Gouvernement* et qu'il se refuserait de payer à
l'autorité locale. Du moment que la taxe ou l'impôt est
accepté, l'Européen récalcitrant doit être considéré comme
un débiteur ordinaire poursuivi par un créancier ordi-
naire, et nous sortons du domaine administratif » (1).

Dans ce document on voit se préciser le rôle diplo-
matique de l'interprétation de l'article 11 esquissée dans

(1) Livre Jaune de novembre 1875, p. 10-12.

la première lettre du duc Decazes. C'est un simple instrument de discussion. Ce n'est pas une question de droit qu'entend faire trancher, en réalité, le représentant de la France. Ce qu'il vise c'est uniquement l'obtention de garanties destinées à assurer aux Européens qu'ils échapperont à la compétence des tribunaux mixtes en matière de contentieux de l'impôt. C'est ce qui ressort d'ailleurs aussi de la note, de même date, remise à la suite de cette conversation par M. Pélessier de Reynaud à Chérif Pacha, note que nous avons eu l'occasion d'analyser au début du présent livre de notre étude (1).

103. A cette note, le Ministre de la justice égyptien répondait, le 31 mai 1875, formulant par écrit les idées qu'il avait déjà exposées au cours de la conversation de la veille : « L'article 11 du règlement organique (titre I) vous paraît, sous une forme vague et compliquée, établir l'incompétence des nouveaux tribunaux à l'occasion des contestations qui pourraient surgir entre les résidents européens et les administrations égyptiennes en matière de douanes, de taxes et d'impôts. Le Gouvernement égyptien n'hésite pas à admettre avec vous, Monsieur le Gérant, que les *nouveaux tribunaux n'ont à connaître que des procès civils et commerciaux, et c'est à ce titre qu'ils devront statuer en matière de douanes, de taxes et d'impôts, en tant que les tarifs de douanes, les taxes et les impôts auront été établis par les traités et dans les limites tracées par la plupart des législations européennes en pareille matière*. Voilà pourquoi il m'est impossible d'interpréter le texte de l'article 11 dans le sens où vous l'interprétez vous-même. Permettez-moi, d'ailleurs, de vous

(1) Livre Jaune de novembre 1875, p. 12-13.

rappeler que le règlement organique et par conséquent l'article 11, qui en fait partie, ont été élaborés par les délégués des puissances et législativement approuvés par toutes, à l'exception de la France, et qu'il ne saurait donc appartenir au Gouvernement égyptien de fixer seul l'interprétation de tout ou partie de cette œuvre commune » (1).

Dans cette note, fort habilement rédigée, Chérif Pacha transportait la discussion sur un terrain très favorable au Gouvernement égyptien, en se retranchant derrière les convenances internationales qui ne permettaient point à l'Etat égyptien de modifier, sous couleur d'interprétation, un texte qui avait été arrêté d'un commun accord avec les délégués des puissances et qui constituait, dès lors, une disposition de droit international, et non pas une simple règle de droit interne. Il donnait, d'autre part, à sa thèse une allure de modération et de correction juridique qui était de nature à produire excellente impression sur les tiers, en indiquant lui-même que les tribunaux de la Réforme n'avaient à respecter et appliquer les actes des administrations égyptiennes en matière financière qu'autant que ces actes étaient accomplis en conformité avec les conventions internationales et, par conséquent, respectaient les immunités, y compris les privilèges financiers, que les Capitulations garantissent aux étrangers. Sans doute l'allusion faite aux limites, dans lesquelles se meut le pouvoir d'imposer de l'Etat dans la plupart des législations européennes, laissait bien percer dans cette note le désir et l'espoir d'arriver dans l'avenir à augmenter la part de contribution aux charges fiscales demandée aux

(1) Même Recueil, p. 13 et 14.

étrangers établis dans le pays. Mais la mention qui y était faite des traités indiquait assez que le Gouvernement égyptien reconnaissait ne pouvoir arriver à ce résultat qu'avec le concours ou le consentement des puissances intéressées. Il est fort probable que si Nubar Pacha et ses collaborateurs étaient restés sur la position, d'une rare solidité juridique, que leur avait fait prendre la note du 31 mai 1875, la controverse se serait trouvée à peu près close et que les protestations du Gouvernement français n'auraient pas tardé à se taire. C'est, du moins, ce que ce dernier affirme dans la suite de cette correspondance diplomatique franco-égyptienne.

Mais ce premier pas fait dans la voie de la conciliation fut immédiatement suivi d'une marche en arrière. Car le 3 juin 1875, Chérif Pacha, revenant sur ses déclarations, écrivait au gérant du Consulat général de France à Alexandrie : « Le Khédive n'approuvant pas la dépêche que je vous ai adressée à la date du 31 mai, en réponse à celle que vous m'aviez remise le 30 mai au sujet de la Réforme judiciaire, j'ai l'honneur, par ordre de Son Altesse, de vous prier de vouloir bien considérer ma susdite dépêche du 31 mai comme nulle et non avenue » (1). Peut-être le Gouvernement égyptien avait-il eu réellement l'arrière-pensée, dont l'accusait le duc Decazes, d'utiliser l'article 11 pour tourner, avec la complicité des tribunaux mixtes, les immunités fiscales accordées par les Capitulations aux étrangers, et lui déplaisait-il de déclarer par écrit qu'il y renonçait ? Les embarras financiers créés par l'administration dépensière d'Ismaïl Pacha, et qui devaient aboutir aux mesures de liquidation

de 1876 et des années suivantes, rendent cette hypothèse assez vraisemblable. Peut-être aussi le fin diplomate qu'était Nubar Pacha a-t-il jugé imprudent d'accorder trop vite au Gouvernement français les concessions qu'impliquait l'interprétation normale de l'article 11 ? Si telle a été sa pensée, il faut reconnaître que sa tactique a été assez heureuse. Car, à partir de ce moment, le Ministre des affaires étrangères français, sans abandonner complètement son interprétation générale de l'article 11, va la faire passer à l'arrière-plan pour ne plus insister que sur l'application de ce texte aux questions d'impôts, et l'effort de sa diplomatie va tendre à obtenir le renouvellement des garanties un instant offertes, mais aussitôt retirées, par Chérif Pacha dans sa note du 31 mai 1875.

104. Cette évolution se dessine déjà dans les instructions que le duc Decazes adresse, à la date du 19 juin 1875, à M. Pélistier de Reynaud. Après avoir manifesté le sentiment de surprise et de mécontentement que lui a causé l'annonce de l'intention manifestée par le Gouvernement égyptien de hâter l'installation des nouveaux tribunaux et de les faire entrer en fonctionnement avant l'époque primitivement prévue, le Ministre des affaires étrangères français se plaint du revirement qui s'est opéré dans l'attitude de Chérif Pacha sur la question litigieuse de l'application de l'article 11 au contentieux de l'impôt. « Ainsi que vous l'avez très bien exprimé, écrit-il, dans votre lettre à Chérif Pacha, du 30 mai, nous avons jugé que l'article 11 du règlement, malheureusement assez obscur dans ses termes, avait pour objet de séparer le contentieux administratif de la juridiction civile ou commerciale attribuée seule, dans notre pensée, aux

nouveaux tribunaux. *La première réponse de Chérif Pacha, bien que contraire à cette manière de voir, nous laissait l'espoir d'arriver cependant à une entente pratique, puisqu'elle admettait que les tribunaux mixtes, s'ils devaient connaître des mesures administratives, notamment en matière d'impôts, n'appliqueraient jamais que les taxes reconnues légitimes par les puissances intéressées. Cette communication a été inopinément retirée ; le Ministre qui l'avait signée nous a fait savoir qu'il était désavoué par son maître. En présence de semblables manifestations, il m'est difficile de ne pas me préoccuper des dispositions même qui présideront à l'application des Réformes pour lesquelles notre adhésion est sollicitée aujourd'hui..... » (1).*

Le but pratique visé en réalité par le Gouvernement français se dégage encore plus nettement de la question d'interprétation théorique de l'article 11 dans la circulaire que le duc Decazes envoie le 1^{er} juillet 1875 aux agents diplomatiques de France près des cours d'Allemagne, d'Autriche, d'Italie et de Russie, en vue d'amener les Gouvernements près desquels ils sont accrédités à appuyer ses réclamations. Le Ministre rappelle tout d'abord à ses correspondants que la Commission parlementaire instituée par l'Assemblée nationale pour examiner le projet de convention relative à la Réforme judiciaire arrêté entre les Gouvernements français et égyptien — Commission qui ne se montrait pas disposée à conclure dans un sens favorable à l'adoption — lui a réclamé des éclaircissements sur la portée de l'article 11 et sur la question de savoir si, dans la pensée du Gouvernement égyptien et des

(1) Livre Jaune de novembre 1875, p. 17-18.

puissances qui avaient adhéré à la Réforme, les litiges relatifs aux impôts devaient tomber sous la compétence des tribunaux mixtes ou s'ils en demeuraient exclus. « Je n'avais pas attendu, ajoute-t-il, cette indication pour constater la nécessité de préciser, par un échange d'explications avec le Khédive, le véritable sens d'un article qui pouvait paraître destiné à fixer la compétence en matière de contentieux administratif... Au moment où la question m'était posée à Versailles, le gérant du Consulat général de France à Alexandrie me communiquait la réponse de Chérif Pacha en date du 31 mai qui, *sans nous donner satisfaction sur le principe même, aboutissait à un résultat pratique dont nous pouvions être amenés à nous contenter* : elle contenait, en effet, une déclaration formelle impliquant que les nouveaux tribunaux ne pourraient pas contraindre leurs justiciables étrangers au paiement de taxes qui n'auraient pas été acceptées comme légales par les puissances et qu'ils ne seraient pas compétents, dès lors, pour couvrir de leur sanction des faits accomplis en dehors de l'assentiment de ces mêmes puissances. Le texte de cette réponse que M. Pélissier de Reynaud m'avait annoncée par télégramme n'était pas encore parvenu entre mes mains, que Chérif Pacha faisait savoir à notre agent que, d'après l'ordre du vice-roi, elle devait être considérée comme non avenue... Des explications officieuses qui m'ont été fournies à moi-même, au nom du Khédive, précisent... le point de vue où se place Son Altesse. Suivant ce qui m'a été communiqué, la prétention qu'on élève serait celle-ci : « les tribunaux mixtes seront aptes à connaître et compétents pour juger de toutes les contestations qui pourront surgir entre les étrangers et les administrations égyptiennes au sujet de l'application des droits de

douanes, taxes et impôts existants ou *qui existeront dans l'avenir*, c'est-à-dire des contestations relatives à des actes des fonctionnaires pouvant léser les intérêts des étrangers par *leur manière de percevoir* les droits, taxes et impôts. Les mêmes tribunaux seront par réciprocité compétents pour juger les plaintes des administrations égyptiennes contre les étrangers qui se refuseront à acquitter ces droits, taxes et impôts ». Il n'est donc pas douteux que, dans l'opinion du vice-roi, *les nouveaux tribunaux devront lui prêter le concours de leur autorité pour opérer le recouvrement, non seulement des impôts qui existent aujourd'hui en Egypte et que les puissances ont acceptés, mais de tous ceux que le Gouvernement de ce pays pourra établir dans la suite sur les résidents étrangers*. Si aujourd'hui les agents du Khédive voulaient astreindre nos nationaux au paiement d'une taxe illégale, contraire aux traités, ceux-ci seraient immédiatement couverts par la protection des Consuls. Désormais, au contraire, l'étranger devrait être déféré directement aux tribunaux mixtes en cas de refus par lui d'acquitter un impôt quelconque et comme, *aux termes de l'article 11 du règlement, ces tribunaux ne pourront ni interpréter une mesure administrative, ni en arrêter l'exécution, l'étranger devra toujours être condamné sur la plainte de l'administration, quelque arbitraire qu'ait pu être l'établissement de l'impôt contesté* » (1).

105. Nous aurons plus tard l'occasion de constater que les dangers signalés dans la fin de la partie de la circulaire que nous venons de citer ne découlent nullement de l'interprétation normale et littérale de l'article 11, de celle

(1) Livre Jaune de novembre 1875, p. 19-20.

que combat le duc Decazes, et que l'expérience a démontré que les craintes exprimées par ce dernier étaient chimériques. Mais il est assez naturel que le diplomate exagère les inconvénients de la solution qu'il désire écarter ou même lui en attribue d'imaginaires. Le duc Decazes termine cette longue circulaire en précisant la portée exacte de la démarche que ses correspondants auront à faire : « Le Gouvernement près duquel vous êtes accrédité n'avait peut-être pas arrêté ses vues sur les conséquences particulières que je vous signale. Je vous serai obligé, en tous cas, de vouloir bien demander à M... comment il les envisage aujourd'hui... Vous lui ferez observer que, sans prétendre intervenir dans l'administration intérieure de l'Égypte et sans léser l'autonomie de ce pays en matière financière, les puissances sont fondées, en vertu du droit conventionnel, à y protéger leurs nationaux contre l'établissement de certaines taxes; je vous citerai la taxe de capitation, interdite formellement par les Capitulations, qui dispensent formellement les étrangers du paiement de plusieurs autres sortes d'impôts » (1).

Dans ce document le porte-parole de la France ne reproduit plus qu'à titre documentaire, comme un élément de l'histoire de la question, l'interprétation générale de l'article 11 qu'il avait mise en avant au début de la discussion. Sans l'abandonner formellement, il déclare que son Gouvernement aurait déjà été amené à mettre fin à ses réclamations et à ses résistances à la réalisation de la Réforme, si Chérif Pacha avait maintenu sa note du 31 mai, ou, tout en repoussant catégoriquement la thèse juridique des négociateurs français, il reconnaissait du

(1) *L. c.*, p. 21.

moins que les tribunaux mixtes n'auraient pas compétence pour appliquer aux Européens des taxes non conformes aux Capitulations. En réalité, le but pratique qu'il assigne aux efforts de sa diplomatie, c'est d'arracher à titre définitif, au Gouvernement égyptien, la concession faite, un instant — mais aussitôt reprise — par cette note du 31 mai. Ce n'est pas sa thèse primitive de droit, sa large et ambitieuse doctrine de l'inaptitude des tribunaux mixtes à connaître des actes administratifs aussi bien pour les appliquer que pour les interpréter, qu'il entend soumettre à cette sorte de référendum officieux qu'il cherche à organiser parmi les grandes puissances. Il sait qu'il n'aurait aucune chance d'être suivi sur ce terrain et que les Gouvernements, qui viennent de passer des conventions contenant approbation de toutes les dispositions du *R. O. J.*, ne consentiraient pas à se déjuger et à remettre en discussion, sous prétexte d'interprétation, l'un des textes fondamentaux de l'œuvre réformatrice au bas de laquelle ils venaient de mettre leurs signatures. Les prétentions de la France se font plus modestes. Elle ne demande même plus que le contentieux de l'impôt soit soustrait d'une façon absolue à la connaissance des nouveaux tribunaux. Il lui suffira qu'il soit bien et clairement entendu que ces tribunaux ne seront pas autorisés à prêter leur concours à la perception de taxes et d'impôts autres que ceux qui existaient déjà sous le régime des Capitulations ou ceux qui pourraient être établis plus tard après accord préalable avec les Gouvernements intéressés. C'est sur cette question limitée, d'ordre exclusivement pratique, et non plus doctrinal, que le duc Decazes sollicite l'appui au moins officieux des autres grandes puissances pour l'aider à triompher des résistances du Khédive.

406. C'est à la prudence et à la modération de cette attitude nouvelle de sa diplomatie que la France dut de pouvoir obtenir les concours qu'elle sollicitait. Ces concours se produisirent sous la forme de démarches faites auprès du Gouvernement égyptien, en vue d'obtenir un prolongement du délai prévu avant l'entrée en application effective du régime de la Réforme, afin de donner à l'Assemblée nationale française le temps de se prononcer sur le projet de loi portant approbation de la convention franco-égyptienne relative à cette Réforme, et surtout de permettre aux Gouvernements français et égyptien de régler à l'amiable la question, désormais très étroitement définie, qui restait litigieuse entre eux. Dans une dépêche adressée le 16 novembre 1875 au gérant du Consulat de France à Alexandrie, Nubar Pacha lui annonçait qu'à la suite des vœux uniformes exprimés par les puissances, il consentait à proroger jusqu'au 1^{er} janvier 1876 le moment où la nouvelle juridiction, déjà solennellement inaugurée le 28 juin, entrerait réellement dans son fonctionnement (1).

Mais le délai de réflexion ainsi accordé à la diplomatie française est beaucoup trop court pour permettre la poursuite de discussions minutieuses et d'un échange suivi de correspondances. Le Gouvernement de la France s'aperçoit qu'il risque de compromettre gravement son influence en Egypte en faisant attendre plus longtemps son adhésion à l'établissement d'un état de choses qui est déjà définitivement accepté par tous les autres intéressés. Dans le corps de la magistrature mixte il ne reste plus de places libres que celles qui ont été réservées pour les représentants de la France. Que celle-ci le veuille ou non, les nouveaux

(1) Même recueil, p. 22.

tribunaux, déjà inaugurés, n'en entrèrent pas moins en exercice à partir du 1^{er} janvier, et ils peuvent aisément fonctionner sans la coopération de l'élément français. Dans la colonie française, primitivement si hostile à tout projet de Réforme, un revirement d'opinion s'est produit. On commence à s'y montrer fort inquiet de la situation d'infériorité commerciale marquée où vont se trouver placés en Egypte les ressortissants de la France, si la mère-patrie persiste dans son attitude d'isolement et de bouderie. Ces sentiments d'inquiétude se propagent même dans les groupements commerciaux de la métropole, et le 13 novembre 1875 la Chambre de Commerce de Marseille adresse une lettre instante et alarmée au Ministre des affaires étrangères pour lui signaler les dangers que la commission de l'Assemblée nationale fait courir à l'influence commerciale de la France en Orient en retardant l'adhésion officielle du pays à la réforme judiciaire égyptienne (1).

107. Dans ces conditions, le ministère des affaires étrangères français, non seulement ne s'attarde plus à défendre l'interprétation doctrinale de l'article 11 qu'il avait cru devoir proposer au début de l'année — la position plus pratique et plus modeste prise dans la circulaire du 1^{er} juillet 1875 impliquait d'ailleurs en fait l'abandon de cette partie de ses prétentions — mais il ne songe même plus à réclamer au Gouvernement égyptien le renouvellement des déclarations contenues dans la note de Chérif Pacha du 31 mai 1875. Il préfère recourir au procédé plus expéditif qui consiste à formuler lui-même des réserves et

(1) Cette lettre, accompagnée des extraits de deux délibérations de la Chambre de Commerce de Marseille, a été insérée dans le Livre Jaune de novembre 1875, p. 27 et suivantes, dont elle forme en quelque sorte la conclusion.

des déclarations écrites dont il demandera l'annexion au protocole de la convention franco-égyptienne relative à la Réforme.

Cette nouvelle et définitive direction s'affirme dans la lettre du duc Decazes à M. Pélistier de Reynaud en date du 25 octobre 1875. Le ministre français exprime d'abord la satisfaction qu'a causée à son gouvernement la décision du Khédive qui, par égard pour la France, a retardé de quelques semaines l'ouverture des tribunaux mixtes. Puis il aborde dans un esprit marqué de conciliation l'examen de la dernière question restée litigieuse entre la France et l'Egypte.

« Je ne vous ai pas laissé ignorer que je considérais comme inacceptables pour nous les explications que vous avez recueillies, *au mois de juin dernier*, au sujet de l'article 11 du projet d'organisation judiciaire. J'ai, depuis lors, jugé utile de provoquer sur la question l'appréciation des cabinets, et je leur en ai fait parvenir l'exposé par une dépêche sous la date du 1^{er} juillet. Je connais aujourd'hui le jugement qu'ils en ont porté et j'en puis conclure que la manière de voir de l'Angleterre, de l'Autriche, de l'Italie et de la Russie ne diffère pas sensiblement de la nôtre, *quant à l'interprétation que comporte la clause qui fait l'objet de nos observations. Les puissances intéressées ne pourraient, en effet, admettre que la nouvelle organisation autorisât le Khédive à soumettre aux tribunaux mixtes qu'il s'agit d'instituer les contestations relatives aux impôts qui seraient établis contrairement aux traités existants. Il me paraît donc nécessaire aujourd'hui de constater, dans une communication officielle, le sens exact que nous attribuons à l'article 11 du règlement* » (1).

(1) Livre Jaune de novembre 1875, p. 23-24.

Il n'y a plus trace désormais de l'interprétation de l'article 11 esquissée par le duc Decazes dans sa correspondance du mois de février. Elle est définitivement abandonnée. Les seules explications du Gouvernement égyptien sur le sens et la portée de l'article 11, que le représentant de la France déclare ne pouvoir accepter, sont celles qui ont été émises en juin, c'est-à-dire à la suite du retrait de la note du 31 mai, par laquelle Chérif Pacha donnait de l'article 11 une interprétation exactement opposée à celle du duc Decazes, mais reconnaissait que cette interprétation n'impliquait pas aptitude des tribunaux mixtes à concourir à l'exécution des mesures financières non approuvées par les traités internationaux. Il n'y a plus que ce dernier point — les tribunaux de la Réforme doivent-ils ou ne doivent-ils pas imposer à leurs justiciables le paiement des taxes nouvelles, établies par les autorités locales sans l'assentiment des puissances? — qui reste objet de discussion. C'est sur cette question limitée que la France a consulté les autres puissances et obtenu leur approbation. C'est sur ce point particulier qu'elle entend fixer par une déclaration officielle la portée qu'elle accorde à l'article 11. Suit le texte de cette déclaration qui a pris place au nombre des annexes de la loi française du 17 décembre 1875, laquelle a revêtu de l'approbation parlementaire le traité franco-égyptien du 10 novembre 1874. Ce texte est ainsi conçu :

L'article 11 du règlement *relatif à la compétence des tribunaux nouveaux en matière administrative* ayant donné lieu à des interprétations divergentes, et pouvant, s'il n'était exactement défini, devenir une source de difficultés entre Son Altesse le Khédive et les étrangers, le Gouvernement français croit de son devoir de *s'expliquer sur les*

limites dans lesquelles les effets de cette disposition doivent, selon lui, demeurer circonscrits. Dans sa pensée, la juridiction des nouveaux tribunaux ne saurait s'étendre jusqu'à leur conférer la faculté de consacrer la légalité des taxes, contributions ou impôts qu'il pourrait convenir à l'administration égyptienne d'établir. La nouvelle magistrature serait donc sans droit pour sanctionner par ses arrêts toute mesure fiscale qui serait contestée par la voie diplomatique, et l'action des Gouvernements étrangers ou de leurs agences et consulats pourra toujours s'interposer pour obtenir la cessation ou la réparation d'actes contraires, soit aux stipulations des traités, soit aux prescriptions du droit des gens, dont leurs nationaux auraient à souffrir de la part du Gouvernement égyptien ou de ses agents. Le Gouvernement français fait à cet égard les réserves les plus formelles et se refusera à accepter pour ses nationaux la juridiction des nouveaux tribunaux dans les cas ci-dessus spécifiés » (1).

108. Dans cette déclaration qui représente, comme le fait observer le duc Decazes dans sa lettre d'envoi à M. Pélistier de Reynaud, l'interprétation définitive donnée par le Gouvernement français à l'article 11, nous sommes bien loin des prétentions du début. Sur le terrain doctrinal, le porte-parole de la France fait l'abandon complet de sa thèse initiale. Non seulement il renonce à défendre la distinction — qu'il avait au début de l'année cherché à faire prévaloir — entre les affaires civiles et commerciales, seules attribuées aux tribunaux mixtes, et les affaires administratives échappant à leur connaissance ; mais il va

(1) *L. c.*, p. 24-25.

plus loin que ne l'avait fait, dans ses notes de mai et de juin, le Gouvernement égyptien qui, sans contester que le cercle de juridiction des tribunaux mixtes se limitât aux affaires civiles et commerciales, se contentait de prétendre que les contestations relatives à la perception de l'impôt, qu'il entendait leur soumettre, avaient précisément le caractère de contestations civiles. Car le Gouvernement français reconnaît lui-même, au début de cette déclaration du 25 novembre 1875, que l'article 11 du règlement est relatif à *la compétence des nouveaux tribunaux en matière administrative.* » — C'est le contre-pied de la thèse défendue en février. — Il proclame aussi, d'une façon fort explicite, que cette compétence leur confère en principe « *la faculté de consacrer la légalité* » des mesures administratives sur l'exécution desquelles ils peuvent être appelés à statuer dans leurs jugements. Il se borne à signaler les limites, ou plutôt la limite, que comportent cette compétence administrative des tribunaux mixtes et cette intervention de l'autorité judiciaire pour fournir son concours à l'application des actes de l'autorité administrative. Il entend seulement préciser qu'il résulte, de l'interprétation finale qu'il consent à donner à l'article 11, que « la nouvelle magistrature serait sans droit pour sanctionner par ses arrêts, non pas une mesure fiscale quelconque, mais « toute mesure fiscale qui serait contestée par la voie diplomatique ».

109. Cette déclaration française du 25 octobre 1875, qui trouve facilement son explication dans les faits diplomatiques du temps, nous apparaît aujourd'hui dénuée de toute utilité pratique et sans portée doctrinale. L'explication littérale de l'article 11, derrière laquelle les négocia-

teurs égyptiens se sont retranchés au cours des discussions que nous venons de résumer, et qui, nous le verrons, a donné naissance à l'interprétation de notre article aujourd'hui courante dans la jurisprudence, ne pouvait, en effet, légitimer, ni les espérances plus ou moins avouées de Nubar Pacha, ni les craintes de la diplomatie française, en ce qui concerne l'éventualité d'empiétements futurs de l'autorité locale, avec le concours des tribunaux mixtes, sur les prérogatives des Européens. L'interprétation de l'article 11, à laquelle le Gouvernement français, après l'avoir vainement combattue, a fini par se rallier, dans la déclaration du 25 octobre, conduit, en effet, — en ce qui concerne l'attitude que doivent observer les tribunaux mixtes en présence des tentatives faites pour astreindre leurs justiciables au paiement d'impôts non prévus par les traités internationaux — exactement aux mêmes conséquences que l'interprétation proposée, puis abandonnée, par la France, en 1875. Il va de soi que, si la nouvelle juridiction a pour rôle, en matière administrative, de défendre les droits acquis des étrangers contre toutes atteintes de la part des autorités locales, à plus forte raison doit-elle se refuser à coopérer à l'exécution à leur encontre des mesures administratives qui seraient prises en violation de ces droits acquis, au premier rang desquels figurent les immunités fiscales reconnues par les Capitulations. La réserve contenue dans la déclaration du 25 octobre n'était pas seulement inutile; elle était formulée en termes beaucoup trop timides. Car, sous l'empire de la conception de l'article 11 que le Gouvernement français s'est résigné à la dernière heure à accepter par cette déclaration, les tribunaux mixtes ont le droit et le devoir de refuser leur sanction,

non pas seulement aux mesures fiscales « contestées par la voie diplomatique », mais aussi à toutes celles qui sont prises en violation, soit des règles de la législation interne, soit des principes du droit international public. L'inaction ou les lenteurs de la diplomatie ne sauraient les empêcher de jouer en cette matière leur rôle de tuteurs et de gardiens des libertés et franchises des étrangers. S'ils s'en étaient tenus aux instructions maladroitement tracées dans cette déclaration, d'ailleurs unilatérale et, par conséquent, sans force obligatoire du côté égyptien, ils auraient dû renoncer à quelques-unes des applications les plus caractéristiques qu'ils ont faites, en matière financière, de leurs pouvoirs de contrôle indirect, par voie d'intervention pour la défense judiciaire des droits individuels.

Finalement, nous constatons que les travaux préparatoires sont encore plus défavorables que les précédents, soit égyptiens, soit européens, à l'interprétation de l'article 11 que préconise M. Pélissié du Rausas. Cette interprétation s'est bien fait jour vers la fin des négociations de la Réforme judiciaire, non pas sans doute sous la forme brutale et arrêtée que lui donne notre savant contradicteur, mais sous la forme plus diplomatique et plus limitée d'une dénégation aux tribunaux mixtes de la compétence pour coopérer par les voies judiciaires à l'application des mesures administratives édictées par les autorités du pays. Le Gouvernement français l'a mise en avant à une époque des négociations beaucoup trop tardive pour qu'il y eût chances de pouvoir encore la faire triompher. Il y a recouru, peut-être sans une très grande conviction de son bien-fondé doctrinal, comme à un expédient diplomatique destiné à amener le Gouvernement égyptien à

renoncer à la réalisation de velléités d'empiétement sur les immunités fiscales des Européens que celui-ci avait laissé entrevoir. Après avoir développé cette interprétation au début de 1875, les négociateurs français ont commencé à la reléguer à l'arrière-plan de leurs conversations diplomatiques à partir du mois de juin et l'ont définitivement abandonnée en octobre de la même année, pour se rallier à l'interprétation opposée que le Gouvernement égyptien n'avait jamais cessé de défendre.

110. Les auteurs de la Réforme judiciaire ont donc prévu, au moins dans ses lignes les plus élémentaires et les moins difficilement acceptables, la thèse que développe aujourd'hui M. Péliissié du Rausas. Ils l'ont prévue, mais pour la condamner finalement de la façon la plus expresse et la plus précise.

Les préventions, fort légitimes, que nous inspirent les constatations tirées de l'étude, soit des précédents, soit des travaux préparatoires de la Réforme, ne seront certes point dissipées par une confrontation de la thèse en question avec l'esprit et les tendances générales de l'œuvre législative des réformateurs de 1875.

SECTION IV

Contradiction avec l'économie générale de la Réforme

111. Le but essentiel de la Réforme judiciaire, au moins quand on l'envisage par le point de vue du Gouvernement égyptien, a été de réagir contre le régime d'anarchie administrative que le développement excessif de la protection consulaire et l'application trop brutale de la règle *actor sequitur forum rei* avaient fait naître dans le pays. Si Nubar Pacha a consenti en 1875 à donner la direction principale de l'organisme judiciaire égyptien à une juridiction qui, par la composition même de son personnel, était nécessairement destinée à devenir, selon le mot de Sir Alfred Milner, une nouvelle forteresse de l'influence étrangère (1), et pouvait aisément, comme le lui reproche lord Kitchener, dans son rapport pour l'année 1911 (2), prendre le rôle d'un Etat dans l'Etat (*imperium in imperio*), c'est afin d'obtenir, en échange, des restrictions à la rigueur du droit capitulaire qui permissent à l'autorité khédiviale d'exercer plus efficacement que par le passé ses pouvoirs d'administration et de police à l'égard des étrangers résidant en

(1) MILNER, *L'Angleterre en Egypte*, traduction Mazuc, Paris, Plon et Nourrit, 1899, chapitre IV.

(2) *Reports..... on the Finances, administration and condition of Egypt and the Soudan in 1911*, p. 5.

Egypte. Il aurait atteint le résultat exactement opposé à celui qui constituait la raison d'être de ses sacrifices, si l'article 11 du R. O. J. avait eu pour effet d'introduire dans la législation internationale de l'Égypte le principe jusqu'à inconnu de l'immunité administrative et de consacrer au profit des étrangers le droit de n'être jamais astreints, que sous la réserve d'actions en indemnité ou réparation, à supporter les gênes et les limitations que les administrations publiques peuvent, en vertu de leurs prérogatives habituelles et dans l'intérêt de la collectivité, imposer aux particuliers dans l'exercice de leurs droits individuels. Peut-on supposer qu'un résultat aussi contraire aux exigences les plus élémentaires de l'ordre public interne ait été réalisé, au détriment de l'Égypte, par un texte dû à l'initiative de son porte-parole et que celui-ci a défendu énergiquement à la dernière heure contre l'opposition du Gouvernement français? Non, évidemment.

112. Les monuments juridiques de la Réforme contiennent d'ailleurs divers articles qui attestent, d'une façon fort explicite, que les auteurs de cette œuvre législative n'ont jamais songé à poser en règle que tous les actes d'administration des autorités égyptiennes doivent nécessairement « être traités comme arbitraires » et, par conséquent, comme dénués de valeur légale, par rapport aux bénéficiaires des Capitulations. C'est, en effet, une conception exactement inverse à celle-là qui s'affirme dans l'article 10 du Code civil mixte, dont la brève formule, reproduisant un des principes les plus universellement admis du droit international privé, porte : « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* ». Nous retrouvons ici, transportée au frontispice du droit égyptien, la

disposition du paragraphe I de l'article 3 du Code civil français, dont la portée générale n'a jamais donné, à notre connaissance, prise à contestation sérieuse. A quelque point de vue qu'on l'envisage — soit qu'on l'étudie isolément et en tant que règle de droit positif interne, soit qu'on l'examine sous ses aspects de droit international privé et dans ses rapports avec la notion de l'ordre public — la prescription du Code Napoléon, qui a donné naissance à l'article 10 du c.c.m., revêt toujours la même signification précise et invariable. L'opinion unanime de la doctrine et de la jurisprudence l'a toujours considérée comme englobant sous la dénomination de lois de police — au sens ancien et large du mot — toutes les lois réputées nécessaires au maintien de l'organisation politique et sociale de chaque pays, au premier rang desquelles figurent les lois administratives (1). Si la formule classique que reproduit l'article 10 a conservé, en passant dans notre droit, sa valeur traditionnelle — et l'on ne voit pas comment elle aurait pu la perdre — force est bien de reconnaître qu'elle renferme une condamnation vraiment décisive, parce que formulée par le législateur lui-même, de la théorie dont M. Pélissié du Rausas s'est fait le défenseur,

(1) Cf. PILLET, *Principes du droit international privé*, p. 182 et suiv., 367 et suiv. — BARTIN, *Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale* dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1897, p. 385 et suiv. — AUBRY, *De la notion de territorialité en droit international privé*, dans CLUNET, 1902, p. 209 et suiv. — PASQUALE FIORE, *De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public*, dans CLUNET, 1908, p. 351 et suiv. — DESPAGNET, *Etude sur l'ordre privé en droit international privé*, dans CLUNET, 1889, p. 207 et suiv. — DESPAGNET-DE-BOECK, *Manuel de droit international privé*, 5^e édition, 1909, p. 357 et suiv.

et qui prétend soustraire les étrangers établis en Egypte et les protégés des puissances européennes, à l'action des lois de police et de sûreté égyptiennes.

113. Vainement essayerait-on, pour infirmer l'autorité de cet argument, d'expliquer l'article 10 c. c. m. par une inadvertance du rédacteur des codes de 1875, qui, comme cela lui est en effet arrivé à plus d'une reprise, aurait machinalement recopié dans son œuvre une disposition qu'il trouvait écrite dans son modèle, le Code français, sans s'apercevoir que cette disposition, non seulement n'avait aucune raison d'être en droit égyptien, mais y était en contradiction avec les principes supérieurs de la législation internationale. Cette supposition serait, à la rigueur, possible si l'article 10 ne contenait que l'une de ces prescriptions qui sont en quelque sorte restées à la surface de l'œuvre de la Réforme, que l'on peut en détacher sans rompre l'économie générale des codes et qui ne trouvent aucun élément de confirmation dans les autres parties de la législation de 1875. Mais tel n'est pas le cas. Car le principe formulé au début du Code civil par l'article 10, n'est pas resté ensuite lettre morte. Il a reçu d'importantes applications pratiques, notamment dans les articles 331 et 340 du Code pénal mixte.

Ces deux textes s'encadrent dans un ensemble de dispositions qui, pour permettre à l'Etat égyptien de remplir plus efficacement qu'il ne l'avait fait jusque-là, ses fonctions de police, apporte des limitations et des exceptions à l'immunité juridictionnelle et à l'immunité législative des étrangers en matière pénale, ou plutôt supprime provisoirement ces immunités, en matière de droit pénal contraventionnel, pour ne plus les laisser fonction-

ner qu'en matière correctionnelle et criminelle. L'article 331 du Code pénal, après avoir énuméré dans ses premiers alinéas une série de contraventions, soit à la police des hôtelleries et auberges, soit à la police de la voirie urbaine, qui, à raison de leur faible gravité, ne sont frappées que d'une amende de 5 à 25 piastres, ajoute, dans son paragraphe final, que seront soumis à la même peine : *en général, ceux qui ne se seront pas conformés à un règlement rendu par l'autorité municipale dans les limites de sa compétence*. Les articles suivants passent en revue, en en indiquant les sanctions, les contraventions aux règlements de police les plus usuelles, celles qui, par leur répétition naturelle et instinctive, prennent en quelque sorte un caractère de permanence et de généralité. Puis l'article 340 fait suivre, dans sa disposition finale, cette longue énumération, d'une formule de portée plus générale, ainsi conçue : *Les règlements à intervenir sur les faits non prévus ci-dessus devront déterminer la peine encourue pour contravention dans la limite des peines de simple police ; dans le cas où une peine plus forte serait prononcée, elle sera de plein droit réduite dans cette limite*. » Ce dernier paragraphe de l'article 340 est d'autant plus significatif qu'il constitue l'un des textes originaux de la législation pénale de 1875. Il est inutile, en effet, de chercher dans le Code pénal français, qui a été d'ordinaire le modèle servilement suivi par le Code pénal mixte, l'équivalent de cette disposition qui n'a de raison d'être que dans un pays, comme l'Égypte, où le législateur national n'est pas libre de régler comme bon lui semble les rapports s'établissant sur son territoire entre indigènes et étrangers, et se trouve subordonné, dans cette partie de son activité, à l'observation des

prescriptions d'une législation internationale qui peut lui mesurer le nombre et l'importance des sanctions d'ordre pénal mises à sa disposition pour imposer aux étrangers l'observation de ses lois de police et de sûreté.

Les articles 331 et 340 du Code pénal ne se contentent pas de mettre en œuvre le principe contenu dans l'article 10 du Code civil; ils ont pour but d'en développer et d'en fortifier l'application par des mesures de défense nouvelles. Nous avons constaté, en étudiant l'état de choses décrit dans l'arrêt de la Cour d'Aix du 22 mars 1872 que si, déjà avant la Réforme judiciaire, les lois, règlements et mesures de police ou d'administration prises par les autorités publiques égyptiennes, étaient indistinctement obligatoires pour tous les habitants et résidents, à quelque origine et à quelque nationalité qu'ils pussent appartenir, la puissance de contrainte de ces lois administratives et de ces actes de puissance publique était notablement limitée, en ce qui concerne les étrangers, par la réaction de l'immunité de législation civile et commerciale et surtout de l'immunité de législation pénale, et que, par le jeu des Capitulations, la règle de droit international privé, posée dans l'article 3 § I du Code civil français, et passée depuis dans l'article 10 du Code civil mixte, se trouvait en fait séparée en Egypte, non pas, comme on l'a dit, de toutes ses sanctions, mais tout au moins de l'une de ses principales sanctions habituelles, la sanction pénale. Les articles 331 et 340 du Code pénal viennent restituer aux administrations égyptiennes, dans une mesure limitée et dans des conditions soigneusement dosées — amende maxima de 100 piastres tarif; emprisonnement maximum d'une semaine — l'emploi de ce moyen de coercition pour contraindre les étrangers à obéir à leurs règlements de police

et de sûreté (1). Il est donc bien certain que les réformateurs de 1875 n'ont pas eu l'intention de rompre avec la tradition antérieure qui soumettait, sous la réserve de certains privilèges capitulaires, les protégés et ressortissants des puissances étrangères résidant sur le territoire du pays, à l'emprise des pouvoirs de commandement des autorités locales en matière de police et d'administration. Ils se sont, au contraire, préoccupés de fortifier cette tradition et d'augmenter l'efficacité pratique de cette soumission de principe des étrangers aux lois de police et de sûreté locales, en en renforçant les sanctions par le moyen d'une brèche faite dans l'immunité législative en matière pénale.

114. Peut-être nous objectera-t-on que nous avons tort d'aller chercher l'expression de la pensée du législateur de 1875 dans des textes qui n'ont, au point de vue international, qu'une valeur secondaire, parce qu'ils ne figurent pas dans la partie vraiment constitutionnelle de son œuvre, dans celle qui a été l'objet de discussions réellement sérieuses et contradictoires, dans le *R. O. J.* A ceci, nous répondrions que les rédacteurs du *R. O. J.* se sont appropriés les dispositions des Codes des tribunaux mixtes dans l'article 34, titre I, du règlement qui porte : « Ces nouveaux tribunaux, dans l'exercice de leur juridiction en matière civile et commerciale *et dans la limite de celle qui leur est consentie en matière pénale*, appliqueront les Codes présentés par l'Égypte aux puissances... » ; qu'il serait fort invraisemblable de supposer que le dispositif de l'article 10 a pu passer inaperçu des négociateurs européens et n'être

(1) Cf. GRANDMOULIN. *Le droit pénal égyptien indigène*. Le Caire, 1908. Imprimerie nationale, I, p. 84

ainsi accepté d'eux que par mégarde, alors que, d'une part, il s'agit d'un texte qui figure en tête de l'œuvre de M. Maunoury, parmi les dispositions préliminaires de portée générale, et que, d'autre part, des exemplaires des Codes projetés ont été déposés, dès les premiers mois de 1872 (1), entre les mains des divers gouvernements intéressés qui ont pu, par conséquent, les examiner au moins superficiellement pendant la période particulièrement active des pourparlers de la Réforme qui a abouti à la réunion de la Commission internationale de Constantinople; que les dispositions du Code pénal ont dû, plus que toutes autres, attirer l'attention des représentants des puissances pendant les dernières phases de préparation de la Réforme, parce qu'elles ont été, à chaque instant, invoquées, surtout du côté égyptien, au cours des délibérations de la Commission internationale de 1873 (2); que, dans ces conditions, les puissances européennes n'auraient incontestablement pas laissé passer sans protestations les trois textes que nous venons d'analyser, si, comme le suppose la thèse de M. Péliissié du Rausas, elles avaient voulu placer à la base de la Réforme une méthode de réglementation des rapports entre étrangers et administrations publiques du pays exactement inverse à celle dont ces textes s'inspirent. Nous ferions enfin et surtout

(1) Cf. Sur ce point, dans le *Livre Jaune* de Janvier de 1875 : la lettre de l'ambassadeur de France à Constantinople au ministre des affaires étrangères du 7 août 1872 (p. 13); les déclarations de Nubar Pacha du 6 août 1872 annexées à la lettre précédente (p. 16, n° 6); une note de Nubar Pacha transcrite dans le procès-verbal de la séance du 11 janvier 1873 de la Commission internationale de Constantinople (p. 42).

(2) Procès-verbaux des séances de la Commission internationale de Constantinople dans *Documents diplomatiques*, Livre Jaune de Janvier 1875, p. 45, 63.

remarquer que le *R. O. J.* lui-même contient, dans son titre II, une disposition, l'article 6, qui attribue compétence aux nouveaux tribunaux pour la poursuite et le jugement des contraventions de simple police; qu'il n'est pas douteux que ce texte tend à assurer la répression des actes de rebellion ou de transgression commis par des individus de nationalité étrangère à l'encontre des règlements de police locaux et, par voie de conséquence, des mesures prises par les autorités locales en exécution de ces règlements; et que cela seul suffirait à établir que les dispositions que nous avons relevées dans le Code civil et dans le Code pénal ne sont que le développement très fidèle d'une idée maîtresse dont le germe est déjà contenu dans le *R. O. J.*

115. L'explication de l'article 11 du *R. O. J.*, que nous combattons en ce moment, trouve donc dans les textes définitifs de la Réforme un démenti aussi formel et aussi décisif que celui qu'elle reçoit par ailleurs des travaux préparatoires. Mais les textes qui formulent ce démenti figurent parmi ceux des articles de la législation de 1875 qui ont soulevé dans l'application les plus vives et les plus longues difficultés. Ils ont donné naissance à un mouvement de jurisprudence et de législation internationales qui a eu pour conséquence de modifier quelque peu leur portée et leur physionomie primitives. L'évolution législative dont ils ont formé l'objet n'a-t-elle pas eu un contrecoup sur l'interprétation possible ou logique de l'article 11? La façon d'envisager le fondement théorique et le mécanisme pratique de la disposition de l'article 11, que M. Péliissié du Rausas développe en première ligne, est manifestement inconciliable avec les volontés claire-

ment exprimées du législateur de 1875. Elle est visiblement étrangère à l'œuvre primitive et originale de la Réforme, telle qu'elle est sortie de leurs mains pour entrer en application au début de 1876. Mais n'a-t-elle pas pu y pénétrer après coup par l'effet des déviations et des transformations que le travail postérieur de la législation internationale a fait subir à cette œuvre ? C'est ce que nous devons maintenant nous demander.

SECTION V

Contradiction avec le développement postérieur de la Réforme

116. C'est sur ce terrain de l'interprétation des développements donnés par la législation et la jurisprudence internationales aux institutions primitives de la Réforme que la thèse de M. Pélassié du Rausas est relativement le moins difficile à défendre. Il semble, au premier abord — hâtons-nous d'ajouter que cette impression superficielle se dissipe vite dès qu'on se livre à un examen plus attentif des faits — qu'elle trouve un point d'appui doctrinal d'une certaine consistance dans les controverses d'ordre international qui se sont produites de 1886 à 1891 sur la question de l'application aux étrangers des règlements de police édictés par la puissance publique égyptienne. A quelles conditions ces règlements deviennent-ils opposables aux bénéficiaires des Capitulations en ce sens que ceux-ci soient exposés, s'ils les enfreignent, à se voir appliquer les peines d'amende ou d'emprisonnement prévues dans les textes violés? La liste des contraventions aux lois de police et de sûreté locales dont le titre IV du Code pénal confie la répression aux tribunaux mixtes, pour le cas où elles sont commises par des étrangers, peut-elle être allongée? Oui, sans doute. Deux des textes de ce titre le disent expressément. Mais comment? Par quelle procé-

dure et par qui? La question s'est posée en termes passionnés et parfois irritants pendant la période de notre histoire qui suit immédiatement l'occupation anglaise et où les puissances menacées dans leurs intérêts par cette modification de fait dans la condition internationale de l'Égypte, en particulier la France, ont commencé, en se servant de toutes les ressources offertes, soit par les Capitulations, soit par une interprétation toujours restrictive, parfois résolument tendancieuse, des textes de la Réforme judiciaire, cette politique de sourdes résistances et de taquineries juridiques qu'on a depuis qualifiée la politique de coups d'épingle.

417. La pratique judiciaire, au lendemain de la Réforme, avait admis comme allant de soi, sans même entreprendre une discussion sérieuse de ce point de droit qui n'était pas encore contesté, que, en vertu des articles 331 et 340 du Code pénal, le Gouvernement égyptien pouvait librement, sans avoir à solliciter le concours d'aucune autre puissance, édicter des règlements de police nouveaux applicables, même au point de vue de leur sanction pénale, aux étrangers, (1) sous la seule condition de ne pas dépasser, dans leurs dispositions d'ordre sanctionnateur, le taux maximum des peines de simple police, c'est-à-dire l'amende de 100 piastres T. et l'emprisonnement d'une semaine. Pendant plusieurs années des condamnations ont été prononcées quotidiennement contre des Européens pour infractions au décret sur le service du *tanzim* en

(1) Sur le sens où il faut prendre ici le mot « étrangers », cf. : ARMINJON, *Etrangers et protégés dans l'Empire ottoman*, Paris, 1903, p. 157, et GRANDMOULIN, *La procédure pénale égyptienne*, Le Caire, 1910, Imprimerie nationale, I, p. 234, § 393.

date du 12 mars 1881, et au règlement concernant l'occupation de la voie publique, quoique ces textes eussent été édictés par le Gouvernement égyptien de sa seule autorité, et sans recourir à aucune procédure qui pût leur prêter le caractère international. On a pu dire très exactement, au début de l'année 1886, qu'il existait en ce sens une jurisprudence constante, mais cette jurisprudence ne constituait que la pratique d'un tribunal d'ordre inférieur, le tribunal des contraventions et la juridiction d'appel n'avait point encore eu l'occasion de se prononcer sur sa valeur.

118. Il faut reconnaître que les motifs invoqués pour la justifier, et qui sont développés avec une abondance et une sûreté d'argumentation vraiment impressionnantes dans un jugement du tribunal des contraventions d'Alexandrie en date du 21 juin 1886 (1), paraissent, — si l'on ne se place qu'au point de vue du droit, — vraiment décisifs. Dans le dispositif de cette sentence, rédigé par un homme qui a largement contribué par sa science et son caractère à établir, dès la première heure, le crédit moral de la nouvelle magistrature, et qui devait devenir quelques années plus tard procureur général près la Cour d'Appel d'Alexandrie, M. Timmermans, le tribunal des contraventions se

(1) Ce jugement est reproduit intégralement par M. VERCAMER, dans l'annexe A de son livre sur *La juridiction mixte égyptienne et ses attributions législatives*, p. 85-91. Le juge des contraventions a cru dans l'affaire devoir procéder à un examen juridique très approfondi de la question, parce que la thèse contraire à la pratique jusque-là suivie venait d'être affirmée pour la première fois par la Cour d'Appel d'Alexandrie dans son arrêt du 19 mai 1886. Le jugement du 21 juin 1886 répond à l'arrêt rendu le mois précédent, en le réfutant point par point, à l'occasion d'une nouvelle affaire soulevée par le même règlement que celui qui était en jeu dans l'arrêt de la Cour du 19 mai.

trouvait appelé à statuer sur un moyen de droit qui venait d'être soulevé pour la seconde fois devant lui. Une femme de nationalité italienne, poursuivie pour avoir, à plusieurs reprises, en ne se présentant pas à la visite médicale, contrevenu à un règlement sur la prostitution, que le Gouvernement égyptien venait d'édicter l'année précédente, en 1885, avait excipé, pour se soustraire à l'application des peines requises par le ministère public, de la disposition de l'ancien article 12 du Code civil, en vertu de laquelle les additions et les modifications aux Codes des tribunaux mixtes devaient être édictées sur l'avis conforme du corps de la magistrature. L'avocat chargé des intérêts de la prévenue avait soutenu que, quoique les articles 331 et 340 du Code pénal eussent pris soin d'indiquer les limites dans lesquelles les règlements à intervenir sur les faits non prévus individuellement dans la section IV pourraient sanctionner leurs prescriptions par des peines d'amende ou d'emprisonnement, ces règlements n'en constituaient pas moins des modifications ou des additions aux dispositions des Codes qui ne pouvaient avoir effet, à l'encontre des étrangers, qu'à la condition d'observer la procédure d'émission prescrite dans l'article 12 c. c. m.

Le jugement du 21 juin 1886 rejetait cette fin de non-recevoir pour les motifs suivants : on ne comprendrait pas que l'article 340 du Code pénal ait expressément déclaré que les peines édictées dans les règlements de police, que pourraient être amenées à émettre les autorités égyptiennes, ne devraient pas dépasser le taux des peines de simple police et que, dans le cas où elles excéderaient ce taux, elles seraient ramenées de plein droit à la dite limite, s'il avait entendu que les règlements en question ne pussent

être pris qu'avec l'avis conforme du corps de la magistrature, puisque l'obtention de cet avis permet au Gouvernement égyptien, d'après l'article 12, d'apporter des modifications, non seulement aux contraventions, mais aussi aux délits et aux crimes, au Code civil aussi bien qu'au Code pénal, et par conséquent, de faire sanctionner ses prescriptions par des peines supérieures aux peines de simple police. Il convient de remarquer, en outre, qu'un Code pénal, étant une œuvre destinée à une longue durée, ne saurait régler à l'avance les contingences infiniment variables que peut faire naître l'évolution de la vie sociale ; qu'il ne peut résoudre directement que les problèmes qui présentent un certain degré de fréquence et de permanence et qu'il doit se borner, en ce qui concerne les autres, à poser les règles générales qui permettront de les résoudre. Il y a, dès lors, dans la législation pénale contraventionnelle égyptienne, comme dans les législations de presque tous les peuples, deux parties naturelles : *la partie codifiée* qui comprend les contraventions, individuellement visées dans les textes du titre IV et qui est régie par l'article 12 du Code civil, et *la partie non codifiée*, mais cependant prévue par le législateur, comme formant le domaine laissé au mouvement de l'activité des autorités administratives (dispositions finales des articles 331 et 340, c. p. m.) qui échappe à l'empire de l'article 12, parce que son développement ne constitue que l'application et l'exécution des textes du Code pénal. Le jugement du tribunal des contraventions faisait enfin valoir que, « si le système plaidé par la prévenue peut être appliqué, à la rigueur, dans les circonstances normales et ordinaires, il devient radicalement impraticable lors de certains événements subits, dont tous les pays sont périodiquement le théâtre » ;

que, par exemple, « en cas d'épidémie, d'émeute ou d'effervescence populaire, il est indispensable que l'administration puisse agir sur l'heure et prendre au moins des mesures de police immédiates » et que « exiger, dans de pareilles circonstances, qu'elle n'agisse qu'après avoir obtenu l'avis conforme de trois tribunaux et d'une Cour d'Appel serait compromettre gravement la sécurité publique et provoquer peut-être d'irréparables désastres ».

119. Cette solution, quelque solidement motivée qu'elle fût au point de vue juridique, ne réussit pas, peut-être pour des raisons d'ordre politique plutôt que pour des raisons d'ordre doctrinal, à s'imposer à la Cour d'Appel d'Alexandrie qui, saisie de l'affaire par l'appel de la prévenue, se prononça en sens contraire dans un arrêt du 27 décembre 1886 (1). La Cour paraît d'ailleurs avoir été fortement impressionnée dans l'espèce — et on le comprend aisément — par la nature du règlement qu'il s'agissait d'appliquer, règlement qui risquait d'infliger aux étrangers tombant sous le coup de ses dispositions des déchéances sociales infiniment plus graves au point de vue pratique que celles qui pouvaient résulter des dispositions, relativement bénignes, du titre IV du Code pénal, et cela sans l'intervention préalable d'aucun contrôle judiciaire effectif. N'oublions pas, en effet, que, de toutes les formes d'intervention policière de l'Etat dans les rapports entre particuliers, celle qui est, à l'heure actuelle, la plus vivement contestée, soit au point de vue de sa légalité, soit au point de vue de son opportunité, dans tous les pays civilisés, est incon-

(1) Cet arrêt, rédigé en langue italienne, est reproduit intégralement dans VERCAMER, *l. c.*, p. 91-93.

testablement la police administrative des mœurs qui aboutit nécessairement à un régime d'arbitraire ou de justice sommaire et expéditive. Cette considération a certainement influencé la décision de la Cour qui, dans l'un de ses considérants, s'étonne que le Gouvernement ait cru pouvoir fixer le régime légal de la prostitution par un simple décret ministériel qui, par la teneur de ses dispositions, laisse au pouvoir arbitraire de la police le soin de déterminer ce qui qualifie la fille publique avec toutes les graves conséquences dérivant d'une pareille qualification.

Mais la Cour d'Appel ne basa pas seulement sa décision réformatrice sur ces circonstances d'espèce, de portée limitée. Elle n'hésita pas à écarter, par des motifs très généraux, l'interprétation antérieure des articles 331 et 340 du Code pénal qui considérait ces textes comme se suffisant à eux-mêmes et destinés à ouvrir à la puissance publique égyptienne le droit d'édicter librement des règlements s'imposant aux étrangers sous la sanction pénale, avec la seule restriction que cette sanction ne dépassât jamais le taux maximum des peines de police. L'arrêt du 27 décembre 1886, après avoir rappelé l'article 34 du titre I du *R. O. J.*, qui déclare que les nouveaux tribunaux n'appliqueront, dans l'exercice de leur juridiction en matière civile et commerciale, et dans la limite de celle qui leur est consentie en matière pénale, que les Codes présentés par l'Égypte aux puissances, et l'article 12 du Code civil qui prévoit que des additions ou des modifications à ces codes ne pourront être réalisées que sur l'avis conforme du corps de la magistrature, conclut qu'il résulte de la combinaison de ces deux textes que la prescription de l'article 12 est absolument générale, qu'elle s'applique

aussi bien au contenu du Code pénal qu'à celui du Code civil et, en ce qui concerne le premier de ces Codes, aux dispositions relatives aux contraventions aussi bien qu'aux dispositions relatives aux crimes ou délits; que les puissances n'ont consenti en 1875 à restreindre les privilèges accordés à leurs ressortissants par les Capitulations qu'en échange d'un certain nombre de garanties parmi lesquelles figure l'article 12 c. c. m.; que, dans ces conditions, pour que l'article 340 du Code pénal pût être considéré comme dérogeant à l'article 12 c. c. m., il aurait fallu que le premier de ces textes formulât sur ce point des explications beaucoup plus explicites que celles qu'il renferme.

120. L'arrêt de la Cour d'Appel, se basant sur ces considérants, qui ne répondent — fort imparfaitement d'ailleurs — qu'à une partie des arguments développés dans le jugement réformé, déclare en terminant, que le « règlement en question n'a pas été émis dans des conditions légales d'observance obligatoire de la part des étrangers »; qu'il « n'est pas applicable à l'appelante » et que, dès lors, « le fait dont elle est inculpée ne constitue par rapport à elle ni une contravention, ni un fait punissable ». Et il ne s'agissait pas là d'une décision isolée, mais d'une orientation réfléchie tendant à se consolider en jurisprudence. Car, quelques mois plus tôt, la Cour d'Appel s'était déjà prononcée dans le même sens, dans un arrêt du 19 mai 1886, où l'argumentation développée depuis par l'arrêt du 27 décembre, se trouvait déjà esquissée dans le considérant suivant : « Si les puissances, en acceptant les dispositions des articles 331 et 340 du Code pénal, ont pu reconnaître sans difficulté au Gouvernement égyptien le droit d'édicter des règlements de police applicables

aux étrangers pour des faits non prévus par le code, c'est parce qu'elles n'ignoraient point que, sans l'avis conforme de la magistrature, il ne serait fait aucune addition à cette loi, pas plus qu'à toutes les autres lois approuvées par les puissances et rendues obligatoires pour leurs nationaux. L'article 12 du Code civil le déclare formellement et cette disposition constitue pour les étrangers une garantie aussi efficace que leur dépendance de la juridiction mixte, garantie qui deviendrait illusoire si les tribunaux étaient tenus d'appliquer aux étrangers des dispositions de lois émanées de l'autorité seule ou du caprice du Gouvernement égyptien » (1).

121. Dans l'ensemble de la jurisprudence des tribunaux mixtes, qui, comme nous le verrons, s'inspire d'une tout autre conception du mécanisme de l'article 11 du *R. O. J.* que celle que nous discutons en ce moment, ces arrêts de 1886 se détachent et donnent une note isolée, en apparence favorable, sinon à l'intégralité de la thèse soutenue par M. Pélassié du Raupas, du moins à l'une des idées initiales sur lesquelles elle repose, la croyance à l'existence au profit des étrangers d'une immunité législative qui s'étendrait aux matières administratives aussi bien qu'aux matières civiles et commerciales ou aux matières de droit pénal. Mais les formules, que nous avons relevées dans leurs considérants, n'ont évidemment pas la précision technique d'un texte de loi; elles ne prennent leur signification et leur portée réelles que par référence à la solution pratique qu'elles sont destinées à expliquer et

(1) Cf. LAMBA, *Condition juridique des Européens en Egypte*, p. 213 et *Droit public et administratif de l'Egypte*, p. 578. — PÉLASSIÉ DU RAUPAS, *l. c.*, II, p. 453.

justifier. La seule question qui se soit posée au jugement de la Cour en 1886, et par conséquent, la seule qu'elle ait effectivement tranchée dans les arrêts ci-dessus rappelés, était la question de savoir, dans quels cas et dans quelles conditions, le Code pénal — afin d'assurer l'exécution de celles des lois administratives locales qui ne réussissent guère à s'imposer au respect des particuliers que par la crainte des mesures de répression et des peines de simple police — a écarté dans ses articles 331 et 340, l'immunité de législation pénale des étrangers en matière contraventionnelle. Des termes, peut-être un peu trop généraux, de motifs développés à l'appui d'une décision relative à l'étendue donnée à l'immunité de législation pénale sous le régime de la Réforme, il serait déjà fort excessif de prétendre déduire la reconnaissance éphémère par quelques arrêts de jurisprudence d'une troisième sorte d'immunité législative que les réformateurs de 1875 auraient, sans s'en douter, ajouté aux deux seules formes de la dite immunité qui soient reconnues par les Capitulations.

Il est bien certain, en tout cas, et c'est cela seulement que nous voulons retenir, que les arrêts de 1886 ne visent que ceux des actes de la puissance publique égyptienne qui, en dépit de leurs formes d'actes administratifs, appartiennent, au point de vue matériel, à la catégorie des actes législatifs, et que les rédacteurs de ces arrêts n'ont pas un instant pensé qu'on pût conclure des affirmations émises dans leurs considérants que les actes administratifs courants des autorités égyptiennes, ceux qui rentrent dans cette classe par leur nature aussi bien que par leur forme, dussent être traités comme sans valeur légale par eux-mêmes à l'égard des étrangers. Ils ont même nettement protesté contre l'éventualité d'une telle interprétation.

Répondant à l'argument de nécessité publique développé dans le jugement du tribunal des contraventions, l'arrêt du 27 décembre 1886 dit en effet : « On ne saurait invoquer que, dans certaines éventualités, s'il n'était pas licite au Gouvernement d'exercer la faculté susdite (émission de règlements) de son plein arbitre, l'ordre public pourrait en être compromis par la difficulté et la perte de temps qui dériveraient du besoin de demander l'avis du corps de la magistrature, *parce qu'on ne doit point confondre les règlements à émettre, au sens du susdit article 340, avec les mesures de police que, dans le cas d'événements imprévus et extraordinaires, le Gouvernement a le droit de prendre par la voie administrative* et desquelles, par d'impérieux motifs d'intérêt public, il peut toujours imposer l'immédiate et rigoureuse observation. »

122. Il semble bien que la Cour d'Appel d'Alexandrie, influencée en partie par la crainte des risques excessifs d'arbitraire qui s'attachent à tout règlement sur la police des mœurs et, en partie aussi, par l'atmosphère de défiance et de méfiance internationale créée en Egypte par la prolongation de l'occupation anglaise, ait fait, dans ces arrêts de 1886, acte de jurisprudence prétorienne, en reprenant, en quelque sorte, en qualité de gérante d'affaires des puissances européennes, les concessions que celles-ci avaient faites en 1875 à la liberté d'action administrative par voie réglementaire du Gouvernement égyptien dans les articles 331 et 340 du Code pénal, et en donnant de ces textes une interprétation qui leur enlevait toute signification et toute raison d'être. Mais, à défaut du droit, la Cour d'Appel d'Alexandrie avait incontestablement de son côté, dans l'espèce, la force juridique et, dans le conflit

qui s'élevait entre elle et le Gouvernement, le dernier mot devait nécessairement lui rester, puisque, comme le fait justement remarquer M. Pélassié du Rausas, elle disposait de la sanction. Le Gouvernement égyptien, constatant son impuissance à faire valoir les droits que lui avait reconnus théoriquement l'article 340 c. p. m., dut se résigner à engager des négociations avec les puissances en vue de régler, sur de nouvelles bases, les conditions et les limites dans lesquelles son pouvoir de réglementation pourrait désormais s'exercer, sous la protection de menaces de peines contraventionnelles, à l'encontre des bénéficiaires des Capitulations. Il profita de l'approche de l'expiration de la période quinquennale de renouvellement de la Réforme, alors en cours, pour saisir les puissances de la question par une circulaire du Ministre des affaires étrangères, Zulfikar Pacha, en date du 9 octobre 1888, dans laquelle il formulait des propositions détaillées en vue d'arriver à une solution transactionnelle (1). Ces propositions furent acceptées à l'unanimité dans une réunion des consuls généraux tenue au Caire le 14 novembre 1888 et obtinrent l'adhésion des diverses puissances (2). Elles ont donné naissance à un décret khédivial du 31 janvier 1889, rendu avec l'assentiment des États signataires des Capitulations, qui porte :

« Article premier. — A partir du 1^{er} février 1889, les tribunaux égyptiens mixtes appliqueront les ordonnances actuellement en vigueur ou qui seront édictées dans

(1) Les passages de cette circulaire qui intéressent notre question sont reproduits dans VERCAMER, *l. c.* p. 94-96.

(2) Cf : DE HULTS. *Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien*. Chambéry, 1908, I, p. 361, *vo* Compétence.

l'avenir par notre Gouvernement concernant le régime des terres, dignes et canaux; la conservation des antiquités; la voirie (Tanzim), l'hygiène et la salubrité publiques; la police des établissements publics, tels que : hôtels, cafés, maisons meublées, cabarets, maisons de tolérance, etc.; l'introduction, la vente et le port d'armes et de matières explosibles ou dangereuses; le droit de chasse; le règlement des voitures et autres moyens de transport; la police des ports, de la navigation et des ponts; la mendicité, le vagabondage et le colportage, etc.; les établissements insalubres, incommodes et dangereux, et, en général *tous les règlements permanents et généraux de police et de sûreté publique.*

« Art. 2. — Les ordonnances à édicter en ces matières seront promulguées à la suite d'une délibération de l'Assemblée générale de la Cour qui se bornera à s'assurer :

« 1^o Que les lois et règlements proposés sont communs à tous les habitants du territoire sans distinction;

« 2^o Qu'ils ne contiennent aucune disposition contraire au texte des traités et conventions, et enfin, que dans leurs dispositions, ils ne contiennent aucune peine supérieure aux peines de simple police. »

123. Ce texte verbeux, confus et fort maladroitement rédigé, pourrait, à première et superficielle lecture, donner l'impression d'une acceptation par le Gouvernement égyptien de la tutelle des tribunaux mixtes, non seulement pour la promulgation de ses règlements de police, mais aussi pour l'émission de tous ses actes administratifs de portée générale et permanente et risquerait ainsi de faire

croire au lecteur distrait ou inattentif que la notion d'une immunité accordée aux Européens en matière de législation administrative, dont nous avons vainement cherché les traces, soit dans les précédents de la Réforme, soit dans les textes de la législation de 1875, a fait enfin son apparition dans le droit égyptien avec le décret de 1889, et comme une conséquence des luttes diplomatiques alors engagées sur le terrain égyptien entre la France et l'Angleterre. Mais le sens de ce document ne laisse plus prise au doute, quand on l'éclaire par ses antécédents jurisprudentiels ainsi que par la comparaison de la circulaire de Zulfikar Pacha, et quand on rapproche ses dispositions les unes des autres pour en dégager l'esprit général. Il se meut visiblement dans le même cercle, relativement restreint, que les articles 331 et 340 du Code pénal mixte, comme l'indique le dernier membre de phrase de l'alinéa final de l'article 2 qui, reproduisant la disposition de l'article 340 C. p. m., décide que l'Assemblée générale de la Cour ne pourra, par son approbation, rendre opposables aux étrangers que ceux des règlements « qui ne contiennent aucune peine supérieure aux peines de simple police ». Il est évident que le décret de 1889 n'a eu d'autre but que de déterminer à nouveau dans quels cas et à quelles conditions pourraient être appliqués aux ressortissants et protégés des puissances étrangères ceux des règlements administratifs de l'autorité publique égyptienne qui empruntent leurs sanctions au droit pénal; qu'il laisse en dehors de ses prévisions les lois administratives, beaucoup plus nombreuses, qui se suffisent à elles-mêmes, qui trouvent leur sanction dans les méthodes d'action propres au droit administratif sans empiéter sur le domaine du droit pénal, et dont l'autorité publique

peut assurer la réalisation pratique avec l'aide exclusive des ressources que lui offrent les prérogatives normales du pouvoir administratif, comme la faculté d'accorder ou de refuser des autorisations en ce qui concerne l'utilisation de choses du domaine public et le droit de procéder à la distribution des énergies et des forces économiques créées ou développées par l'action de la collectivité. Il n'est pas douteux que le décret précité n'a pas entendu soumettre à l'approbation de l'Assemblée générale de la Cour les actes administratifs, même réglementaires, rentrant dans cette seconde catégorie et que l'Etat égyptien n'a consenti en 1889 à subir le contrôle de la magistrature mixte, pour arriver à atteindre efficacement les étrangers, que pour les règlements de nature mixte, qui appartiennent à l'ordre administratif par le but qu'ils visent à atteindre, mais qui sont en même temps d'ordre pénal par les moyens auxquels ils recourent pour arriver à ce but.

124. En échange de l'acceptation de cette tutelle, ainsi limitée dans son étendue, le Gouvernement avait cru obtenir, par l'accord de 1889, la garantie que ses règlements, à sanction pénale, une fois confirmés par le concours de l'Assemblée générale de la Cour, ne risqueraient plus de se heurter, dans leur application aux étrangers, à des objections tirées de leur contradiction, soit avec le principe de l'immunité législative en matière pénale, soit avec les autres privilèges issus du régime des Capitulations, et que la ratification de la magistrature mixte suffirait à les purger des vices d'ordre capitulaire dont ils auraient pu, sans cela, être atteints; mais son attente fut déçue et le décret de 1889 se trouva condamné à la

même inefficacité pratique que les dispositions des articles 331 et 340 du Code pénal mixte, à raison de la clause, glissée au début du dernier alinéa de l'article 2, d'après laquelle la Cour devait s'assurer, avant d'approuver les règlements de police qui lui seraient présentés, « qu'ils ne contiennent aucune disposition contraire aux textes des traités et conventions » — clause que certaines puissances ne tardèrent pas à interpréter comme visant, non seulement les immunités formellement accordées aux Européens par les textes des Capitulations, mais aussi celles qu'un usage dérogatoire à la lettre des dites Capitulations avait, en fait, implantées en Egypte avant la Réforme et comme refusant, par conséquent, à l'Assemblée générale de la Cour, compétence pour consentir, même dans l'intérêt de l'ordre public local, des dérogations ou des tempéraments aux privilèges capitulaires. L'expérience démontra presque immédiatement au Gouvernement égyptien que les sacrifices qu'il avait faits dans le décret du 31 janvier 1889 n'avaient été payés que d'une satisfaction toute théorique.

125. A l'expiration du délai fixé pour l'entrée en vigueur du décret de 1889, il s'empessa de soumettre à l'Assemblée générale de la Cour une série de règlements de police dont le besoin se faisait sentir depuis longtemps et, après en avoir obtenu l'approbation par elle, il les promulgua successivement à la fin de l'année 1890 et dans le courant de l'année 1891. Il fit d'abord paraître un premier décret du 17 décembre 1890, rendant obligatoire pour les étrangers la vaccination des enfants nouveau-nés, qui obligeait le père, ou à son défaut la personne ayant la garde du nouveau-né, — à moins qu'ils ne fournissent un certificat

émanant d'un médecin autorisé à exercer et constatant que l'opération avait eu lieu avec succès, — à présenter l'enfant dans les trois mois de sa naissance, au bureau de l'agent sanitaire du lieu, où la vaccination devait être opérée gratuitement, et sanctionnant par une amende les contraventions à ces dispositions. Un second règlement du 9 juin 1891 vint instituer en Egypte les registres d'état civil, fixa dans ce but un délai dans lequel les personnes indiquées par lui seraient tenues de déclarer à l'administration des services sanitaires les naissances et les décès survenus en Egypte, et menaça ceux qui négligeraient les déclarations prescrites d'une amende de 25 à 100 piastres et d'un emprisonnement de vingt-quatre heures à une semaine. Puis trois règlements du 13 juin 1891 furent édictés pour régler les conditions auxquelles seraient assujettis en Egypte l'exercice de la médecine et de la pharmacie et le commerce des substances vénéneuses. Ces règlements subordonnaient à une autorisation préalable, délivrée contre la perception d'une taxe de 200 piastres, l'exercice des professions en question; soumettaient à l'inspection périodique des services sanitaires les pharmacies et les dépôts de substances vénéneuses; édictaient en cas de contraventions des peines de simple police et l'un d'eux autorisait même les tribunaux à prononcer la fermeture de toute pharmacie ouverte sans autorisation. Enfin un dernier décret du 13 juin 1891 soumit à la nécessité d'une autorisation préalable l'ouverture des établissements publics, tels que cafés, restaurants, cabarets, buvettes, bars, brasseries, théâtres, cirques, cercles, clubs, et à la nécessité d'une déclaration l'ouverture des établissements publics tels que les hôtels, les maisons meublées et auberges, en autorisant en même temps la

police égyptienne à pénétrer à toute heure dans lesdits établissements. Ce même règlement subordonnait le débit des boissons alcooliques à de nombreuses restrictions, en particulier, à l'obtention d'une licence que l'administration était libre de refuser; il édictait des peines de simple police et, dans certains cas, la fermeture de l'établissement public (1).

126. Ces mesures soulevèrent quelque mécontentement dans les milieux européens d'Égypte qu'elles troublaient dans leurs habitudes et des plaintes, particulièrement vives, se firent entendre dans la colonie française, dont les protestations étaient développées et appuyées, dès avant la promulgation des quatre derniers règlements, dans une dépêche qu'adressait le Consul général de France, M. de Reverseaux, à M. Ribot, ministre des affaires étrangères, en date du 15 mai 1891, et où il exprimait notamment la crainte que, sous forme de règlements intérieurs, et en combinant les pénalités portées dans ces règlements de façon à ne pas dépasser les peines de simple police, le Gouvernement égyptien n'arrivât à supprimer peu à peu les immunités protectrices du commerce européen et des résidents étrangers (2).

Cette agitation des colonies fournit à la France — dont la politique de résistance au développement de la mainmise anglaise sur l'Égypte entraînait alors dans l'une de ses phases les plus accentuées — une occasion propice de démontrer que l'influence que lui assurait sur la marche des affaires intérieures du pays le mécanisme des Capitu-

(1) Cf. PÉLISSIE DU RAUSAS, *l. c.*, II, p. 455 et suiv. — LAMBA, *Condition juridique des Européens*, p. 216 et 317 et suiv.

(2) *Documents diplomatiques, affaires d'Égypte*, 1884-1893, p. 392.

lations et de la Réforme, était encore assez forte pour contrecarrer parfois les vues et les projets de la puissance occupante. Le Gouvernement français fit valoir, par la voie diplomatique, à l'encontre des dispositions contenues dans les cinq décrets, une série d'objections d'ordre international qui ont été finalement rassemblées et condensées, dans une note annexée, dans les *Documents diplomatiques*, à la dépêche politique du Caire du 19 octobre 1891 (1).

Si la théorie défendue par M. Péliissié du Rausas eût été destinée à s'affirmer un jour, dans les milieux diplomatiques les plus portés à restreindre les pouvoirs du Gouvernement égyptien, soit dans la rude formule de l'immunité administrative, soit dans la forme plus adoucie de l'immunité de législation administrative, c'est bien ici, à ce moment critique des relations franco-égyptiennes, que nous devrions nous attendre à la voir apparaître. Elle n'eût jamais été plus de circonstance. Et pourtant la note française se place immédiatement sur un terrain tout différent. Elle commence par un préambule rappelant dans quelles conditions et dans quel but est intervenu le décret du 31 janvier 1889. « Il s'agissait, en fait, dit-elle, de concilier, par la mise en vigueur de ce nouveau texte, la disposition sus-mentionnée de l'article 331 du Code pénal avec la disposition, paraissant contradictoire, contenue dans l'article 12 du Code civil; en d'autres termes, *il s'agissait d'autoriser le Gouvernement khédivial à compléter le titre IV (des contraventions) du Code pénal mixte* ». Le Gouvernement français donne donc ici au décret de 1889 l'interprétation que nous venons d'exposer, quoiqu'il eût eu intérêt majeur à l'écartier, si cela eût été possible. Puis,

(1) *Documents diplomatiques, affaires d'Égypte*, 1884-1893, p. 423.

s'attaquant immédiatement au défaut de la cuirasse que nous avons signalé dans l'armature juridique dudit décret, il constate que le Gouvernement khédivial a pris l'engagement, dans la circulaire de Zulfikar Pacha, du 9 octobre 1888, que les futurs règlements ne contreviendraient en rien au texte des traités et conventions en vigueur, et il ajoute qu'il « va de soi que ces termes génériques comprennent aussi les usages dérivés de ces traités et conventions ». Puis, abordant la discussion individuelle des divers règlements contestés, il se place, non pas sur le terrain du droit administratif, mais sur le terrain du droit criminel et du droit civil, et sur celui de la défense des immunités nées du régime capitulaire.

La note française reproche au règlement sur l'enregistrement des naissances et des décès de faire échec au privilège de l'immunité de législation civile et même de violer la disposition générale de l'article 4 du Code civil en prétendant régler, même à l'égard des Européens, des questions qui appartiennent au statut personnel. Le règlement sur l'exercice de la médecine et le règlement sur l'exercice de la pharmacie civile (en tant que profession libérale) excèdent, dit-elle, le pouvoir de réglementation pénale conféré au Gouvernement sous réserve de l'assentiment de l'Assemblée générale de la Cour par le décret du 31 janvier 1889. Et surtout, en subordonnant au paiement de taxes les autorisations qu'ils prévoient, ils enfreignent directement l'article 63 de la Capitulation de 1740 qui exempte les Français résidents en territoire ottoman de tous les impôts, sauf les droits de douane et teskéré. Enfin, déclarent les rédacteurs de la note française, le règlement sur les établissements publics méconnaît le principe de l'inviolabilité du domicile et l'article 70 de la Capitulation

de 1740 en accordant à la police le droit d'entrer, sans l'autorisation des consulats intéressés, dans les établissements publics tenus par des étrangers, pour y vérifier les registres et y prendre des informations, et il viole le décret de 1889 en englobant dans l'énumération des établissements publics, soumis, sous la sanction de contraventions, à l'observation des prescriptions policières, les clubs et les cercles, dont il n'est pas question dans le dit décret, et en édictant dans certains cas la peine de la fermeture, qui excède les peines de simple police.

127. Le Gouvernement égyptien répliquait en repoussant l'interprétation donnée par la France à la disposition initiale de l'alinéa 2 de l'article 2 du décret du 31 janvier 1889 et en contestant que le mandat donné par les puissances à l'Assemblée générale de la Cour fût limité par la nécessité de respecter non seulement — ce qui n'était pas mis en doute — les textes des traités et conventions, mais aussi — ce qui formait matière à litige — des usages internationaux dont l'existence et la portée avaient toujours été contestées par l'Egypte. Il s'efforçait d'établir que les règlements critiqués visaient bien des matières comprises, sinon dans l'énumération expresse, du moins dans les termes généraux de l'article I du décret de 1889, et que, dans le règlement sur les déclarations de naissance et de décès, l'administration égyptienne n'avait obéi qu'à des préoccupations d'ordre sanitaire sans jamais songer à empiéter sur les questions d'état civil. Reprenant une à une les objections soulevées par la France, il cherchait à démontrer qu'elles reposaient, en réalité, sur une conception excessive et inexacte du principe de l'inviolabilité du domicile qui ne devait s'étendre qu'à l'habitation privée,

et non pas s'appliquer aux locaux à usage commercial, et sur une qualification juridiquement erronée des sentences ordonnant la fermeture de pharmacies ou d'établissements publics, mesure qui, ne figurant pas dans la nomenclature des peines contenues dans les articles 3 à 6 du Code pénal, ne saurait être considérée, ni comme une peine de simple police, ni comme une peine correctionnelle, et ne devait être traitée que comme une mesure administrative insusceptible de porter par elle-même échec à l'immunité de législation pénale des Européens.

128. A la suite de cet échange de vues et de l'appui donné par divers Etats européens aux réclamations de la France, le Gouvernement égyptien dut se résigner à reconnaître que le décret du 31 janvier 1889 avait manqué son but et à tenir compte des revendications de puissances qui ne se considéraient pas comme engagées par les décisions prises par l'Assemblée générale de la Cour à la majorité, sans que leurs représentants y eussent adhéré; il dut reprendre la discussion par la voie diplomatique ordinaire des mesures, antérieurement approuvées par la Cour. Pour arriver à un accord, il dut consentir à une solution transactionnelle : renoncer en échange d'une suspension partielle par les puissances de la règle de l'inviolabilité du domicile, telle qu'elles l'entendaient (1), à la perception des droits de chancellerie prévus par quelques-uns des règlements contestés; substituer, en ce qui concerne les étrangers, aux déclarations directes des naissances et des décès aux autorités locales, des états fournis par les consu-

(1) Voir, sur ce point, le règlement du 21 novembre 1891, article 29, dans *B. L. J*, IV, p. 3, et le commentaire qui en est donné dans *LAMBA, l. c.*, p. 221 et suiv., et *PÉLISSIE DU RAUSAS, l. c.*, p. 461-462.

lats; suspendre les visites et inspections des délégués sanitaires chez les pharmaciens, commerçants et industriels européens débitant des substances vénéneuses; et modifier enfin, par un nouveau décret du 21 novembre 1891, quelques-uns des articles du règlement sur les établissements publics. Mais il résulte de la correspondance diplomatique échangée en 1891, et notamment de ceux des documents qui constatent l'accord finalement intervenu, ou les diverses phases de l'établissement de cet accord, que le Gouvernement égyptien n'a consenti à cette époque à entrer en discussion sur l'étendue de ses pouvoirs d'administration à l'égard des Européens établis en Egypte que pour les cas et dans la mesure où son interlocuteur se plaignait d'atteintes portées par l'exercice de ces pouvoirs à l'un des privilèges issus des Capitulations. Particulièrement caractéristique à cet égard est la lettre adressée le 31 octobre 1891 par Tigrane Pacha, ministre des affaires étrangères du Khédive, au marquis de Reverseaux, agent et consul général de France au Caire (1), où le ministre égyptien, énumérant les concessions qu'il est prêt à faire au nom de son Gouvernement, constate qu'il lui est impossible de céder sur la question de la fermeture éventuelle de certains établissements comme sanction possible des infractions graves aux règlements de police égyptiens, parce qu'il s'agit là, non pas de mesures d'ordre pénal, mais de mesures d'ordre administratif. Cette partie de ses déclarations, non seulement n'a pas soulevé de protestations, mais a été tacitement approuvée par le contradicteur naturel, puisque l'accord

(1) *Documents diplomatiques, Affaires d'Egypte, 1884-1893*, p. 429 et suiv.

final a laissé subsister dans les règlements contestés les dispositions relatives à ces mesures de fermeture.

Quelques années plus tard, dans un livre écrit en 1896, M. Lamba a pu résumer assez exactement l'état de choses qu'il avait sous les yeux, et qui était sorti de ces négociations difficiles de l'année 1891, en disant : « Chaque fois que les règlements à prendre ne mettent en cause ni l'inviolabilité du domicile, ni l'immunité d'impôts (ajoutons ni aucun autre privilège capitulaire), le Gouvernement a toute latitude; par contre, aucune considération d'hygiène, de moralité et de salubrité publiques ne l'autorise, en l'état actuel du droit international, à toucher à l'un de ces deux privilèges » (1).

129. Le régime décrit dans ces brèves lignes de M. Lamba, et qui ne répond que de fort loin à l'idéal que nous pouvons nous faire d'un Etat vivant sous le régime du droit, paraît bien avoir pris fin avec la loi du 11 novembre 1911, modificatrice de l'article 12 du Code civil, qui est venue, comme nous l'avons vu plus haut, doter le Gouvernement égyptien des moyens de modifier, avec le concours de la magistrature, toutes les parties de notre législation mixte

à la seule exception de celles qui ont pris place dans le *R. O. J.* — et qui ne sera certainement pas condamnée à la même inefficacité que les dispositions des articles 331 et 340 du Code pénal mixte ou celles du décret du 31 janvier 1889, parce que cette loi de 1911 est née dans une atmosphère internationale infiniment plus propice à son large et libre développement. Les controverses que nous venons de rappeler n'ont plus, depuis la loi du

(1) *Condition des Européens en Egypte*, p. 226.

11 novembre 1911, comme le constate fort justement M. Vercamer (1), qu'un intérêt purement historique. La thèse de droit administratif que développe M. Pélissié du Rausas serait-elle apparue, à certains moments, comme une arme de guerre sous la plume des négociateurs français, dans cette période de tension diplomatique qui va de 1886 à 1891, qu'on ne pourrait vraiment plus guère tirer aujourd'hui argument de pareils précédents pour la réglementation des rapports internationaux, très différents, qu'ont créés l'accord franco-anglais de 1904 et le développement de la politique de l'entente cordiale. A plus forte raison, quand on constate, comme nous venons de le faire, qu'aux heures critiques où l'on tirait flèche de tout bois pour dresser les Capitulations et la Réforme en rempart devant les progrès de la prédominance anglaise, on n'a jamais songé, du côté français, à tirer de l'arsenal capitulaire le principe, soit d'une immunité administrative, soit plus modestement d'une immunité générale de législation administrative au profit des Européens ou des protégés de puissances étrangères, on peut vraiment affirmer, en toute sécurité d'esprit, que cette notion est restée complètement étrangère aux Capitulations et à la législation internationale issue de la Réforme judiciaire.

130. Sous quelque angle que nous nous placions pour envisager critiquement la théorie de M. Pélissié du Rausas; quelle que soit celle de ses prétendues attaches que nous nous attardions à vérifier; dans quelque direction que nous tentions de lui chercher une justification, nous aboutissons toujours aux mêmes conclusions négatives.

(1) VERCAMER, *La juridiction mixte égyptienne et ses attributions législatives*, p. 37.

tives. Plus nous la scrutons, plus nous devons nous convaincre de son invraisemblance et de son caractère artificiel. Il semble que M. Pélassié du Rausas ait eu, lui-même, le sentiment confus que la solidité de sa doctrine n'était peut-être pas à l'abri de toute épreuve. Car, après avoir développé d'abord ses idées sous la forme arrêtée et batailleuse que nous venons de discuter, il éprouve le besoin d'en présenter une seconde version, plus modeste et déjà beaucoup moins combative. De cette seconde forme, de caractère subsidiaire, de sa théorie nous devons maintenant dire quelques mots.

SECTION VI

Inconsistance et Contradictions intimes de cette Théorie. — La Théorie subsidiaire de M. Pélissié du Rausas.

131. Arrivé au terme de ses développements sur l'article 11 du *R. O. J.*, le savant directeur de l'Ecole française de droit s'aperçoit subitement que l'interprétation qu'il donne à cet article risquerait de paraître excessive et paradoxale, même aux défenseurs les plus intransigeants des intérêts européens, si elle aboutissait, en fait, à exempter les étrangers de la soumission à la tutelle administrative des autorités locales même dans les cas où leur soumission à cette tutelle est formellement proclamée dans des accords internationaux signés par les Etats auxquels ils ressortissent. Il se rend compte que, pour assurer le succès durable de sa doctrine, il est prudent de ne pas se montrer plus royaliste que le roi et plus Européen que les Gouvernements européens. C'est ce qui l'amène à apporter, avant de quitter le sujet, une restriction ou un tempérament à la théorie draconienne qu'il vient d'exposer. Une fois de plus, nous lui laisserons la parole. Nous nous astreindrons même à reproduire ses explications sans la moindre coupure — pour éviter que l'on puisse nous accuser d'avoir rendu sa thèse plus accessible à la critique, en lui prêtant des propositions trop arrêtées et parfois même quelque peu étranges.

« Le règlement d'organisation judiciaire, dit M. Pélassié du Rausas, date d'une époque où le principe de l'immunité législative ne comportait pas de restrictions et où il était bien difficile de prévoir qu'il pût jamais en comporter. Il est donc naturel que l'article 11 ait été rédigé comme si le principe de l'immunité législative devait être immuable. Mais, nous l'avons dit, la Réforme judiciaire a rendu inévitable une certaine réforme législative et la force des choses a adapté le principe de l'immunité législative à la situation nouvelle faite aux étrangers par la Réforme judiciaire. Il y a aujourd'hui un certain nombre de lois égyptiennes qui sont obligatoires pour les étrangers : ce sont les lois égyptiennes qui ont été édictées avec l'assentiment des puissances; et il n'est pas douteux que c'est au Gouvernement égyptien seul qu'appartient le droit, et qu'incombe la charge, d'assurer, même à l'encontre des étrangers, l'exécution de ces lois. Nous sommes ainsi amenés à faire une distinction entre les mesures administratives prises par le Gouvernement égyptien en exécution des lois édictées avec l'assentiment des puissances et les mesures administratives prises par l'Etat égyptien en exécution des lois émanant de sa seule autorité. Celles-ci rentrent seules dans les prévisions de l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire, tel qu'il a été édicté en 1876 et tel que nous venons de l'interpréter. Les premières sont incontestablement en dehors des prévisions de cet article. L'Etat égyptien ne peut encourir aucune responsabilité à raison des mesures administratives prises par lui en exécution des lois édictées avec l'assentiment des puissances, quelque préjudice que ces mesures causent aux intérêts d'un étranger, du moins lorsqu'elles sont régulières en la forme et émanent des fonctionnaires

compétents. A l'action en responsabilité intentée contre lui, l'Etat opposerait victorieusement la règle qu'il ne peut y avoir de droits acquis contre la loi. Cette distinction s'est imposée à la jurisprudence des tribunaux mixtes : ceux-ci ont constamment déclaré irrecevables les actions en responsabilité dirigées contre l'Etat à raison des mesures administratives prises en exécution des lois édictées avec l'assentiment des puissances et en conformité avec elles, quelque grand que fût le préjudice allégué par l'étranger demandeur » (1).

132. M. Pélassié du Rausas aboutit donc, dans cette sorte de correction finale apportée à sa thèse, à une distinction, et même à une opposition radicale, entre deux sortes de mesures administratives : les mesures arrêtées en vertu de lois approuvées par les puissances étrangères qui, pourvu qu'elles soient correctes dans la forme et émanent d'une autorité compétente, agissant dans les limites de sa sphère d'action légale, seraient insusceptibles de jamais engager la responsabilité indemnitaire de l'Etat ; les mesures prises en vertu de simples lois égyptiennes qui, alors même qu'elles seraient conformes, non seulement aux règles prescrites pour la validité de leur émission, mais aussi à l'ensemble des principes qui constituent la conception locale de la juridicité, donneraient nécessaire-

(1) PÉLISSIE DU RAUSAS, *l. c.*, p. 482-483. Cette dernière partie de la thèse de M. Pélassié du Rausas est reproduite avec une exceptionnelle fidélité et parfois dans les mêmes termes par son savant collaborateur de l'Ecole française de droit du Caire, M. Georges Blanchard, au cours de sa récente étude : *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien*, parue dans la *Revue générale de droit international public*, année 1913, XX, p. 456.

ment et automatiquement naissance à la responsabilité pécuniaire de l'Etat toutes les fois qu'elles sont dommageables pour l'un des sujets ou des protégés d'un Etat étranger. Mais notre éminent contradicteur ne peut pas se dissimuler qu'il n'existe pas la moindre trace de cette distinction dans l'article 11 du *R. O. J.*, que cet article nous parle des mesures administratives en général, sans épithète, et que ni les autres textes, ni les travaux préparatoires de la Réforme ne fournissent d'arguments sérieux pour substituer au sens apparent de cette disposition une signification plus limitée. Comment se fait-il donc que le législateur de 1875, non seulement n'ait pas mentionné, mais n'ait même jamais laissé entrevoir une distinction qui doit cependant former la base de la théorie originale de la responsabilité de l'Etat qu'il a posée ou sous-entendue dans l'article 11? Cela s'explique, nous dit M. Pellissier du Rausas, parce que les auteurs du *R. O. J.*, qui écrivaient l'article 11 en un temps où l'immunité législative des Européens ne revêtait encore qu'une seule forme, la forme ancienne de la soumission exclusive aux lois de leur pays d'origine, où il n'existait point d'autres lois égyptiennes que les lois indigènes, ne pouvaient même pas soupçonner qu'il viendrait un jour où l'immunité législative se ramifierait en deux branches, où, ne conservant plus sa physionomie primitive que pour les matières du statut personnel, elle se transformerait pour les matières du statut réel en une soumission à un corps spécial de lois égyptiennes établi par le concert de l'autorité locale et des puissances étrangères. S'ils n'ont pas soufflé mot des mesures administratives prises en vertu des lois égyptiennes d'origine internationale, c'est qu'il leur était impossible de prévoir qu'il y aurait plus tard

des lois de ce genre, parce qu'ils ne pouvaient pas deviner que la littérature législative de l'Égypte était destinée à s'enrichir dans l'avenir de documents semblables aux Codes des tribunaux mixtes et aux quelques lois postérieures qui ont modifié ou complété les dispositions des dits Codes.

133. Voilà une affirmation qui paraît vraiment tout à fait surprenante sous la plume d'un écrivain, comme M. Pellissié du Rausas, qui a étudié attentivement le mécanisme de la Réforme et compulsé une bonne partie de ses travaux préparatoires. Comment un spécialiste, tel que lui, peut-il songer à affirmer que les auteurs du *R. O. J.* ignoraient qu'il se développerait en Égypte, à côté des simples lois indigènes, une législation mixte de caractère et de valeur internationales, alors que la préparation du *R. O. J.* et celle des Codes ont marché constamment de pair; alors que, dans le premier document où nous voyions percer l'idée qui trouvera plus tard son expression dans l'art. 11, c'est-à-dire dans la note adressée en 1867 aux puissances par Nubar Pacha, le ministre égyptien reconnaissait déjà la nécessité de doter l'Égypte d'une législation spéciale aux rapports entre étrangers et indigènes et entre étrangers de diverses nationalités comme corollaire de la réorganisation judiciaire projetée et proposait d'appeler en Égypte une commission de jurisconsultes occidentaux qui serait chargée de déterminer la procédure à employer devant la juridiction nouvelle et d'adapter la loi européenne aux besoins du pays (1); alors que cette proposition avait

(1) Voir, sur ce point, la note de 1867 intitulée : *Quelques explications sur les garanties que présentera l'organisation judiciaire proposée pour l'Égypte*, où la proposition est formulée immédiatement après les lignes consacrées à la question de la compétence administrative et de la compétence juridictionnelle.

été examinée dès 1867, soit par l'Italie qui l'avait adoptée purement et simplement, soit par le Gouvernement anglais qui la complétait en proposant de faire entrer dans la Commission, à côté des jurisconsultes, des représentants politiques des Gouvernements étrangers, soit par la Commission française de 1867 qui demandait en outre qu'on y introduisit l'élément commercial représenté par des chefs d'anciennes maisons de commerce établies en Egypte? (1) Est-il possible d'oublier qu'à l'époque où la disposition de l'article 11 a trouvé sa formule définitive dans le projet de *R. O. J.* de 1873, arrêté par Nubar Pacha sur les bases fixées par la Commission internationale de Constantinople, des exemplaires des Codes mixtes avaient déjà — comme en témoignent les constatations faites à maintes reprises dans les documents du Livre jaune de janvier 1875 — été communiqués depuis de longs mois aux Gouvernements intéressés, et que quelques-unes de leurs dispositions avaient même été invoquées au cours des délibérations de la conférence de 1873? Comment peut-on, enfin, prétendre que l'éventualité du développement d'une législation mixte, à base internationale, non seulement a été inconnue, mais n'a pas même pu être prévue des rédacteurs d'un règlement qui, dans l'article 34 de son titre I, dispose formellement que les tribunaux dont il règle l'organisation et la compétence « appliqueront dans l'exercice de leur juridiction les Codes présentés par l'Egypte aux puissances? » Une thèse, qui a besoin pour se développer et se colorer d'une apparence de vraisemblance, de nier des faits historiques aussi indiscutables et de faire abstraction de textes législatifs aussi clairs que ceux que nous venons

(1) Cf. *Rapport de la Commission française de 1869*, § 6. *Législation*, dans BORELLI-BEY, *l. c.*, p. XLIV-XLV.

de rappeler, ne trouve-t-elle pas une réfutation très suffisante, dans la seule indication des postulats et des suppositions qui lui servent de point de départ?

134. Dans la mesure d'ailleurs où elle maintient, en la limitant aux mesures administratives prises en exécution ou en vertu des lois indigènes qui n'ont pas été soumises à l'approbation des puissances, l'interprétation léonine de l'article 11 qui voit, dans ce texte, la proclamation de l'illégalité naturelle et irrémédiable de tout acte d'autorité de la puissance publique égyptienne qui prétend étendre ses effets jusqu'aux bénéficiaires des Capitulations, cette théorie subsidiaire soulève exactement les mêmes objections que la théorie principale. Comme elle, elle transforme l'exception en règle et, donnant un coup de pouce trop apparent à l'interprétation naturelle des faits, elle conclut de l'existence de limitations nombreuses à l'exercice des pouvoirs administratifs de l'Etat égyptien, par rapport aux étrangers, à la suppression complète dans leur intérêt de ces pouvoirs administratifs eux-mêmes. Toutes les critiques que nous avons adressées, soit à la doctrine de l'immunité administrative, soit à la notion imaginaire de l'immunité de législation administrative, militent également contre elle, et avec la même force.

135. Mais elle soulève, en outre, des objections nouvelles et particulièrement graves, dans la mesure où elle affirme que l'administration ne peut encourir aucune responsabilité du fait des actes, réguliers en la forme, accomplis en application des lois édictées avec l'assentiment des puissances; que seuls entrent dans les prévisions de l'article 11 les actes administratifs faits en exécution de lois

émanant de la seule initiative du Gouvernement égyptien et que, pour reprendre les termes que nous avons rencontrés dans le passage précité : « il ne peut pas y avoir de droits acquis contre la loi » quand il s'agit des actes législatifs qui seuls méritent pleinement le nom de lois, c'est-à-dire de ceux qui ont été adoptés après accord préalable avec les puissances. La sanction donnée par les puissances à une loi égyptienne ne saurait avoir d'autre but que de la purger des vices d'ordre capitulaire et international qu'elle peut renfermer, que d'écarter, pour tout ce qui concerne son exécution à l'égard des étrangers, les objections juridiques et les instruments de résistance légale qui pourraient être tirés d'un conflit possible de ses dispositions avec les privilèges conférés aux Européens par les Capitulations ou par la législation initiale de la Réforme. Elle n'a pas pour rôle de modifier la signification et la portée que cette loi est appelée à prendre dans le système de droit interne où elle s'encadrera, en s'y combinant avec les principes généraux de la législation antérieure, en s'y imprégnant de cette sorte d'atmosphère juridique qui donne leur vie et leur couleur propres aux institutions d'un milieu et d'un temps déterminés et que M. Edmond Picard a appelée, d'un nom qui a fait fortune, la juridicité.

Si, pour M. Pélassié du Rausas, il ne saurait y avoir lieu, en dépit de la généralité des termes de l'article 11, à une responsabilité quelconque à la charge de l'Etat à raison d'une mesure administrative régulière en la forme et rentrant dans la catégorie de celles qui sont autorisées, même à l'égard des étrangers, par des accords internationaux, c'est parce qu'il considère comme allant de soi — il le répète à chaque instant — qu'il ne peut plus exister,

au profit des particuliers, de droits acquis en face de lois émanant d'Etats souverains, ou même d'Etats à souveraineté incomplète, quand ceux-ci ont obtenu les adhésions nécessaires pour parfaire leur capacité de puissance publique. Outre que l'idée, quelque peu brutale, qu'il se fait des rapports existant entre les droits subjectifs des particuliers et la loi, envisagée par le point de vue formel, repose, comme nous l'avons déjà signalé et comme nous le démontrerons ailleurs plus amplement, sur une conception de la légalité qui s'est bien démodée depuis quelques années, nous devons remarquer que ce n'est que par une sorte de procédé d'escamotage qu'il arrive, pour les besoins de sa cause, à mettre le droit lésé, que protège l'article 11, en relations directes avec la loi, et à faire disparaître l'intermédiaire de l'acte administratif qui, en exécutant la loi, lèse le droit individuel. L'objet direct de l'article 11 — on l'oublierait vite en lisant M. Pélissié du Rausas — est de définir les conséquences des atteintes portées aux droits acquis des particuliers, non pas par la loi elle-même, mais par les mesures administratives que provoque, non pas seulement l'application immédiate de la loi, mais aussi le développement de toutes les formes de l'activité administrative de l'Etat.

136. Il ne suffit pas de poser en principe qu'il n'y a pas de droits individuels contre la loi, pour prouver qu'il n'y en a pas non plus à l'encontre des actes administratifs pris *en conformité des lois*, c'est-à-dire — pour donner à cette expression essentiellement ambiguë le sens particulier que lui attribue M. Pélissié du Rausas — « réguliers en la forme et émanant de fonctionnaires compétents ». Si M. Pélissié du Rausas croit pouvoir passer de la première de ces

affirmations à la seconde, c'est qu'il considère comme incontestable que, dans un Etat à constitution normale, ayant la plénitude de son indépendance, tout acte administratif est nécessairement à l'abri de la critique des particuliers, même sous la forme indirecte de réclamations d'indemnités, dès qu'il est conforme à la notion superficielle et extérioriste de la légalité que nous venons de lui emprunter, sans qu'il y ait à se préoccuper, soit des conditions de fait dans lesquelles, soit du but en vue duquel les pouvoirs administratifs sont exercés, sans qu'il y ait à tenir aucun compte, soit de la gravité, soit de l'inégalité des sacrifices que cette activité de l'autorité publique peut imposer aux particuliers. Or, il est vraiment bien difficile d'ériger, comme il prétend le faire, en règles de droit naturel, des solutions qui sont assez mal en harmonie avec l'orientation la plus récente des droits occidentaux et qui ne pourraient notamment être transportées dans la législation-mère de la nôtre qu'à la condition de faire abstraction de quelques-unes des constructions les plus importantes et les plus caractéristiques de la jurisprudence du Conseil d'Etat, comme la théorie du détournement de pouvoirs, la réglementation des dommages causés par les travaux publics, ou de ces mouvements récents de la pratique judiciaire administrative que M. Hauriou a décrits sous le nom de théorie de l'intérêt financier déguisé et de théorie de l'action aux risques et périls de l'administration, dans de fort intéressantes notes du Sirey que nous aurons bientôt l'occasion de retrouver (1). Dès lors, pour pouvoir étayer utilement sa théorie sur cette conception de la légalité administrative — que

(1) Notes au *Sirey*, 1902, III, 41, sous Conseil d'Etat, 3 août 1900, et 1905. III, 17, sous Conseil d'Etat, 27 février 1903.

l'expérience des temps actuels démontre n'être point imposée par la nature des choses — qui considère les administrations publiques comme échappant nécessairement à toute responsabilité, dès qu'elles ont observé les conditions de forme et de compétence prescrites pour l'exercice de leur activité, il faudrait nous démontrer que cette conception a pénétré dans le droit mixte égyptien, et s'y est maintenue jusqu'à l'heure présente.

137. M. Péliissié du Rausas a bien songé à le faire. Mais il se contente pour toute justification de citer en note trois arrêts de la Cour d'Appel d'Alexandrie — qui, dit-il, consacreraient la distinction qu'il préconise, — mais sans nous fournir aucune indication, soit de nom des parties, soit de lieu de reproduction dans les recueils de jurisprudence, qui puissent nous permettre de les distinguer des décisions de même date. Nous n'avons pas pu, à raison de l'insuffisance de pareilles références, identifier l'un de ces arrêts, celui qui est placé à la date du 19 janvier 1890. Nous croyons avoir réussi à retrouver les deux autres dans le Bulletin de législation et jurisprudence indigènes; mais sans en être très sûr; car le premier, l'arrêt du 27 novembre 1901 (1), qui confirme une sentence du juge des contraventions, se contente de mettre en œuvre l'une des exceptions apportées, en vertu de l'article 340 du Code pénal, au principe de l'immunité de législation pénale par des décrets du Gouvernement égyptien approuvés par les puissances, sans faire la moindre allusion à la théorie générale de la responsabilité de l'Etat, et nous n'arrivons pas même à discerner quel rapport le second de ces arrêts,

(1) *B. L. J.* XIV, p. 25.

celui du 21 décembre 1899 (1), peut bien avoir avec les doctrines développées au texte. Pour que M. Pélissié du Rausas en soit réduit à se contenter de références jurisprudentielles aussi vagues et aussi peu opérantes, il a fallu, sans doute, qu'un dépouillement, même attentif, des recueils de jurisprudence égyptiens ne lui permit pas de découvrir dans les monuments de la pratique judiciaire des tribunaux mixtes, des arrêts, même exceptionnels et isolés, qu'il fût possible, avec quelque doigté dans l'interprétation, de tirer en faveur de sa thèse.

138. En effet, la jurisprudence des tribunaux mixtes présente, en notre matière — comme nous avons eu l'occasion de l'affirmer dès le début de notre étude, et comme toute la suite de nos développements va désormais contribuer à le démontrer — une cohésion et une fermeté de doctrine qui se retrouvent rarement au même degré dans les constructions jurisprudentielles. C'est en quelque sorte à l'unanimité que les décisions de la Cour d'Appel d'Alexandrie s'accordent à rejeter, soit la thèse principale, soit la thèse subsidiaire de M. Pélissié du Rausas. C'est à l'unanimité qu'elles proclament que les mesures administratives, aussi bien quand elles sont prises en vertu de lois approuvées par les puissances que quand elles interviennent en exécution de simples lois égyptiennes indigènes — alors même qu'elles seraient correctes en la forme et au point de vue des règles de compétence — peuvent engendrer des obligations à réparation pécuniaire, à raison des atteintes portées aux droits subjectifs des particuliers, si, par exemple, elles n'ont que la forme des actes adminis-

(1) *B. L. J.* XII, p. 362.

tratifs, sans en présenter la matérialité; si elles tendent à la satisfaction d'intérêts individuels au lieu de tendre à la défense d'intérêts généraux; si les fonctionnaires qui les ont émises dans le cercle apparent de leur compétence ont détourné leurs pouvoirs de leur destination sociale et les ont exercés en vue d'une fin autre que celle pour laquelle ils leur ont été conférés; si la lésion qu'elles causent à tel ou tel droit individuel est due à un fonctionnement anormal et fautif des services publics, et dans divers autres cas que nous aurons à parcourir. C'est encore avec la même unanimité que la jurisprudence de la Cour d'Alexandrie proclame que l'acte administratif, qui ne met en œuvre que des lois indigènes non sanctionnées par les puissances, ne devient pas nécessairement et automatiquement générateur de dommages-intérêts par cela seul qu'il se heurte dans son fonctionnement aux droits subjectifs d'étrangers; que, même alors, il est nécessaire, pour que la responsabilité de l'Etat prenne naissance, qu'il vienne se joindre au fait matériel du dommage ou préjudice un second élément, de caractère généralement plus intellectuel : illégalité, détournement ou abus de pouvoir, faute de service, etc., et que, par conséquent, les tribunaux mixtes, quand ils sont saisis de demandes en indemnités du chef de l'article 11, doivent tout d'abord examiner la valeur de l'acte incriminé, au point de vue de sa conformité, soit avec le formalisme légal, soit avec les conceptions dominantes de la juridicité, pour pouvoir utilement répondre à la question qui leur est posée.

Aux démentis successifs infligés à la thèse de M. Pélassié du Rausas par les précédents locaux et européens de la Réforme, par les travaux préparatoires, par les textes de la législation de 1875 et par la marche géné-

rale du développement de cette législation vient se joindre une dernière réfutation donnée par ce juge omnipotent des controverses doctrinales qu'est, et qu'a surtout été en Egypte, avant la loi du 11 novembre 1911, la pratique judiciaire. Les divers éléments et surtout les pièces justificatives de cette réfutation jurisprudentielle vont se trouver éparpillés au travers de tous les chapitres suivants de notre travail. Avant d'entrer dans leur analyse individuelle, il importe d'en donner une vue d'ensemble ou, plutôt, de dégager l'idée générale qui a constamment servi de fil conducteur à la jurisprudence des tribunaux mixtes et qui fournit l'explication de toutes ses solutions de détail.

TITRE II

L'Interprétation Jurisprudentielle

et le

Système Italo-Belge

TITRE II

L'Interprétation jurisprudentielle et le Système italo-belge

139. Dans cette partie de nos développements où nous allons nous efforcer de saisir et de définir la conception d'ensemble que se fait notre pratique judiciaire de la disposition de fond de l'article 11, nous ne pouvons pas nous borner à résumer, en les classant, les arrêts les plus significatifs de la Cour d'Appel d'Alexandrie. Ce travail de dépouillement et d'analyse des décisions de justice trouvera mieux sa place dans les chapitres où nous étudierons, soit les diverses pièces du mécanisme de la responsabilité de l'Etat, soit les principales applications pratiques de cette responsabilité. Pour l'instant, rassemblant les quelques grands traits directeurs qui dominent tout l'ensemble de la jurisprudence relative à cette matière, et renvoyant pour ce qui concerne la justification de l'existence de chacun de ces traits et l'établissement de l'apparat critique de preuves aux chapitres qui vont suivre, nous nous proposons seulement d'examiner dans quelle mesure cette orientation générale de la pratique de nos tribunaux est conforme aux volontés du législateur. Disons-le tout de suite, nous estimons que les théories jurispru-

dentielles que nous allons avoir à exposer ne constituent, au moins dans leurs lignes fondamentales et constantes, que des applications fidèles et correctes de la législation de la Réforme. Mais il ne saurait suffire d'affirmer cette conviction pour la faire partager au lecteur. Nous avons le devoir, avant de l'entraîner à notre suite dans les voies tracées par la jurisprudence, de vérifier si ces voies s'amorcent réellement, comme nous le pensons, dans la bonne direction, et, avant de pouvoir proposer à son adhésion réfléchie les doctrines élaborées par la pratique des tribunaux mixtes en matière de responsabilité de la puissance publique, il nous faut, tout d'abord, établir le bien-fondé légal de l'interprétation générale de l'article 11 qui est à la base de ces doctrines.

Cette tâche de justification légale de l'œuvre jurisprudentielle est d'ailleurs, en grande partie, accomplie d'avance, et nous l'avons déjà très largement entamée au cours des longs et minutieux développements que nous avons consacrés à la réfutation de l'explication proposée par M. Péliissié du Rausas, soit des règles de compétence juridictionnelle et de compétence législative, soit de la disposition de fond de l'article 11. Nos investigations successives, au travers des précédents et des travaux préparatoires de la Réforme, au travers des textes primitifs de l'œuvre réorganisatrice de Nubar Pacha et des monuments postérieurs de la législation mixte nous ont permis, tout en poursuivant principalement la réfutation d'une interprétation erronée de l'article 11 qui fausse et paralyse le développement de notre science juridique, d'amasser, chemin faisant, tous les matériaux indispensables à la démonstration de la correction et de la solidité légales de l'interprétation jurisprudentielle de ce texte. En travaillant

à démontrer ce que le législateur n'a pas voulu faire, nous avons été inévitablement amené à projeter peu à peu la lumière sur ce qu'il a réellement voulu. Nous n'avons plus guère maintenant — et cela nous permettra d'être relativement bref — qu'à reprendre, pour les mettre en valeur, des constatations faites çà et là, au cours du paragraphe précédent. Parmi les résultats que nous avons antérieurement enregistrés, à la suite de nos recherches critiques sur les origines et les fondements des doctrines de M. Pé-lissié du Rausas, il en est un surtout qui doit, pour l'instant, fixer notre attention; c'est celui qui forme la conclusion des développements que nous avons consacrés, dans notre Livre II, à la reconstitution du milieu scientifique et psychologique dans lequel ont vécu les auteurs de la Réforme judiciaire et surtout à l'étude de la conception que l'on se faisait, dans ce milieu, de la valeur respective du droit civil et du droit administratif, de la justice des tribunaux ordinaires et de la justice administrative en tant que moyens d'assurer la défense des droits individuels contre les empiétements administratifs.

140. Nous avons constaté que, pendant toute la durée des négociations de la Réforme, l'opinion publique européenne, en particulier dans les pays latins, s'était prononcée avec énergie en faveur du système de défense judiciaire des droits subjectifs des particuliers inauguré dans la Constitution belge de 1831; que ce système avait reçu des consécérations répétées dans la Constitution grecque de 1864, dans la Constitution danoise de 1866, et surtout dans la loi italienne du 20 mars 1865; que, sous cette dernière forme, il avait donné le ton à tout l'ensemble du mouvement législatif latin de 1865 à 1875; que la loi

italienne de 1865 avait été imitée, non seulement dans le décret du Gouvernement espagnol du 13 octobre 1868, mais aussi dans le projet de la Commission parlementaire française de décentralisation de 1872 et dans le projet voté en 1873 par la seconde Chambre des Pays-Bas ; que le premier porte-parole de la France à la Commission internationale de 1869 n'hésitait pas, au début même des travaux de cette Commission, à déclarer au nom de son Gouvernement que le système belge et italien de protection des droits individuels contre les atteintes administratives constituait indubitablement le droit commun des peuples civilisés ; et qu'il n'est pas douteux que c'est ce système, alors en pleine vogue, que les auteurs de la Réforme ont entendu appliquer en Egypte à la réglementation des rapports litigieux que le fonctionnement des actes d'autorité de la puissance publique peut y soulever entre le Gouvernement et les Européens établis dans le pays. L'article 11 du *R. O. J.* ne s'inspire pas seulement du même esprit et ne poursuit pas seulement le même but général que la célèbre loi italienne qui a formé le point de départ des réformes et des projets de réforme législative du temps. La forme même de sa rédaction, comme le montre la comparaison avec l'article 4 de la loi de 1865, atteste tout aussi fortement l'influence et l'imitation du prototype italien que les dispositions correspondantes du décret espagnol de 1868 ou des projets français et hollandais de 1872 et de 1873.

141. Aussi l'un des hommes d'Etat et des jurisconsultes italiens les plus remarquables de l'époque, M. Mancini, qui avait, comme on le sait, joué un rôle prédominant dans les discussions préparatoires de la loi du 20 mars 1865,

au cours du rapport présenté en 1874 à la Chambre des députés de son pays à l'appui du projet de loi portant approbation de la convention italo-égyptienne relative à la Réforme judiciaire, salue-t-il au passage, comme une vieille connaissance et avec une indulgence toute paternelle, la disposition de l'article 11 du *R. O. J.*, qu'il définit dans des termes exactement semblables à ceux qu'il aurait pu employer pour décrire le mécanisme général de la loi italienne de 1865. « Tant que l'administration égyptienne, dit-il, agira dans le cercle de ses attributions, quelque dommage ou quelque avantage qui en résulte pour les intérêts européens, rien à dire. Mais si l'acte implique lésion ou violation d'un droit légitimement acquis à un Européen, cela suffira pour donner ouverture à la compétence judiciaire » (1). Et ceux des auteurs européens qui, avant M. Péliissié du Rausas, ont abordé avec le plus d'attention l'analyse de la législation de la Réforme, déclarent, comme M. Lamba (2), quand ils arrivent à l'article 11, qu'on ne saurait donner un meilleur commentaire de ce texte que celui qu'en a présenté M. Mancini.

142. Le souvenir du lien de filiation historique qui relie l'article du *R. O. J.* au modèle tracé par le législateur italien de 1865, ne s'est jamais perdu chez nous, en particulier dans nos sphères officielles. Il est rappelé, en effet, dans un document de caractère diplomatique, la note explicative présentée par Boutros Pacha, à l'appui

(1) MANCINI. *La Réforme judiciaire en Egypte*, rapport présenté à la Chambre des députés d'Italie, Rome, 1875, p. 70.

(2) *Evolution de la condition juridique des Européens en Egypte*, p. 184.

de la circulaire du 15 novembre 1897 (1), à la Commission internationale réunie en 1898 pour examiner les propositions du Gouvernement égyptien tendant à la modification des articles 9 et 11 du *R. O. J.*; et qui ont donné naissance au décret khédivial, rendu avec l'approbation des puissances, du 26 mars 1900. Le rédacteur de cette note se préoccupe tout d'abord, dans la partie de ses explications relatives à l'article 11, de préciser la signification originelle de ce texte : « L'article 11, dit-il, avait pour objet de définir les pouvoirs de l'autorité judiciaire dans un pays où il n'allait pas y avoir de tribunaux administratifs. Il trace une limite entre les attributions discrétionnaires de l'administration égyptienne, qui échappent à la compétence de l'autorité judiciaire, et les excès de pouvoir qui tombent sous le coup de son appréciation ». *L'origine de cet article se trouve dans l'article 4 de la loi italienne du 20 mars 1865 portant abolition des tribunaux du contentieux administratif ainsi conçu* » : Et la note reproduit le texte en langue italienne de l'article 4 de la loi de 1865. Dans ce document, nous voyons donc affirmer, au nom du Gouvernement égyptien, comme un fait historique de notoriété publique, pouvant servir de point de départ solide à ses échanges de vues avec les puissances au sujet de l'article 11, que cette disposition a été destinée originairement à transporter en Egypte le régime établi en Italie par les textes fondamentaux, et notamment par l'article 4, de la loi du 20 mars 1865. Il n'est pas à notre connaissance que cette partie, d'ordre histo-

(1) La circulaire de 1897 insistait déjà sur ces rapports historiques de l'article 11 du *R. O. J.* avec la loi italienne de 1865. Mais nous renvoyons de préférence à la note explicative de 1898 où ces observations sont naturellement plus développées.

rique, de la thèse du Gouvernement égyptien, ait soulevé la moindre contestation du côté européen, soit dans les pourparlers de 1898 à 1900, soit même postérieurement à cette époque. Comment, d'ailleurs, aurait-il pu en être autrement ? Tout dans les travaux préparatoires de la Réforme et dans l'histoire juridique des divers pays latins pendant cette période converge, nous l'avons vu, vers la démonstration de l'exactitude de l'allégation formulée au début de la note égyptienne de 1898 ».

143. Voilà donc un point certain : les négociateurs de la Réforme étaient, comme l'immense majorité de leurs contemporains, convaincus que la seule méthode, qui pût assurer d'une façon réellement efficace la protection du droit individuel contre les abus de pouvoir des administrations, était celle qu'avaient mise en œuvre la Constitution belge de 1831 et la loi italienne de 1865; ils n'éprouvaient pas la moindre hésitation en ce qui concerne la nécessité de sa transplantation dans le futur droit mixte de l'Egypte. C'est l'exemple alors récent, et imité par tous les réformateurs du temps, de la loi italienne du 20 mars 1865 qu'ils ont entendu suivre en écrivant l'article 11 du *R. O. J.* La disposition très laconique — et par là même un peu énigmatique pour qui en ignore les origines — de cet article 11 tend incontestablement à ériger en principe général de la réglementation des rapports entre les autorités égyptiennes et les étrangers établis dans le pays le système belge et italien de solutionnement des litiges administratifs; elle le consacre en l'envisageant au travers de celui de ses traits qui a paru le plus important et le plus caractéristique, par conséquent le plus apte à tenir lieu d'une définition.

Dès lors le devoir de l'interprète est tout tracé. Pour pouvoir se faire une notion exacte de la signification et de la portée réelles de l'article 11, il doit tout d'abord rapprocher ce texte des dispositions des lois occidentales qui lui ont servi de modèle, et étudier comment avait fonctionné jusqu'alors, dans les pays européens qui avaient été ses premiers ou ses meilleurs terrains de développement, en Belgique, en Italie, le système de solutionnement des conflits de droits entre administrations et administrés qui, par l'intermédiaire de l'article 11, a été introduit en 1875 en Egypte.

CHAPITRE I

La Constitution belge de 1831

144. BIBLIOGRAPHIE. — THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 2^{me} édition, 1876, et *Etudes d'histoire contemporaine*; *La Belgique sous le règne de Léopold I^{er}*, 2^{me} édition, p. 272 et s. — ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, 1909, *passim* et surtout p. 244 et s. — ROMIEU, *De la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire en Belgique*, dans *Annales de l'école libre des sciences politiques*, I, 1886, p. 364-376. — JACQUELIN, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, p. 340-359. — EDMOND PICARD, Introduction au tome IV des *Pandectes belges*. — LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^{me} édition, I, p. 85 et s. — RENÉ MARCQ, *De la responsabilité de la puissance publique*, Paris et Bruxelles, 1911. — LE JEUNE, *Etude sur la Constitution belge. Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs*, Bruxelles, 1857. — GIRON, *Droit public de la Belgique*, Bruxelles, 1884, I, p. 143. — HUYTSENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, 1844, IV, p. 68 et s. — DE FOOTZ, *Le droit administratif belge*, Paris, 1859, I, p. 313 et s. — FLOURENS, *Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique*, Paris, 1875, p. 360 et s. — ALFRED VALERIUS, *Organisation, attributions et responsabilité des communes*, Paris et Bruxelles, III, 1912.

La Constitution belge de 1831 a été rédigée à une heure où la population du pays, fatiguée d'avoir trop longtemps supporté le joug brutal de Napoléon, puis la domination non moins autoritaire du Gouvernement des Pays-Bas et de son chef le roi Guillaume I^{er}, se trouvait tout entière confondue dans un esprit de confiance et de tolérance mutuelle sous les plis du drapeau du parti national de « l'Union ». Elle a été l'œuvre de la coopération loyale d'une minorité libérale composée de gens appartenant à des nuances d'opinion très diverses, mais d'esprit généralement modéré et peu combatif, et d'une majorité catholique, qui, avertie des dangers de l'absolutisme royal par les taquineries incessantes dont elle avait été l'objet sous la domination de Guillaume d'Orange (1) et profondément pénétrée par l'influence des doctrines libérales de Lamennais (2), était momentanément disposée à favoriser le plus large développement possible des droits de l'homme et du citoyen (3). Elle a été la résultante d'une révolution dont les auteurs avaient pris comme mot d'ordre cette devise : « la liberté en tout et pour tous. » (4). Aussi se caractérise-t-elle par un esprit libertaire et individualiste, par une préoccupation très accusée de forcer l'Etat lui-même à se soumettre au régime du droit, de garantir les administrés contre les abus de pouvoir des administrateurs, qui l'ont amenée à développer les attribu-

(1) ALBERT NYSSSENS, *l'Eglise et l'Etat dans la Constitution belge*, 1880, p. 31.

(2) THONISSEN, *Etudes d'histoire contemporaine (La Belgique sous le règne de Léopold I^{er})*, I. (2^{me} édition), p. 272.

(3) THONISSEN, *l. c.* p. 274.

(4) THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 2^{me} édition; préface, p. IX.

tions du pouvoir judiciaire et, en particulier, son contrôle sur ceux des actes de la puissance publique qui peuvent léser les droits subjectifs individuels. D'autre part, cette Constitution de 1831 présente un caractère très frappant de relativité et de réalisme qui la différencie des constitutions de la France révolutionnaire dont elle a subi l'influence. Comme le dit excellemment M. Errera : « On y retrouve l'écho des événements de la veille et de l'avant-veille, causes tout au moins occasionnelles du mouvement de 1830. La plus générale est l'autoritarisme du roi Guillaume des Pays-Bas, s'accroissant, surtout à mesure qu'il sent croître l'hostilité des provinces du Sud » (1). Aux formules prestigieuses, mais sans grande portée positive, qu'avaient été les déclarations des droits de l'homme, les constituants de 1831 ont substitué des procédures pratiques organisant au profit des particuliers les moyens de se défendre efficacement contre les empiétements commis sur la sphère de leurs droits par les représentants et les agents du pouvoir exécutif.

De là les dispositions des articles 92, 93, 94, 106 et 107 qui constituent peut-être ceux des textes de la Constitution de 1831 pour lesquels se vérifie le mieux l'exactitude de l'observation que nous venons d'emprunter à M. Errera et qui concourent toutes au même but : mettre obstacle à la réapparition de méthodes de gouvernement qui, pratiquées dans leur brutalité, pendant la période qui précède la Révolution de 1830, avaient abouti à faire du pouvoir judiciaire une branche de l'administration générale et à soustraire les administrés à la tutelle protectrice des tribunaux pour les livrer à l'arbitraire tout puissant des administrations.

(1) ERRERA, *Traité de droit public belge*, p. 12.

SECTION I

Le milieu historique de naissance du système belge de protection des droits

145. La Belgique, occupée en fait par la France à partir de juin 1794, annexée officiellement à ce pays le 9 vendémiaire an IV (1^{er} octobre 1795), avait été soumise, depuis cette date, à la pénétration du nouveau droit français, d'abord par une série d'actes de promulgation spéciale des lois du législateur de l'époque intermédiaire, puis par le décret du Directoire du 16 frimaire an IV (7 décembre 1796) ordonnant que les lois et arrêtés publiés dans la forme ordinaire lui deviendraient, à moins de clause spéciale de leur dispositif, applicables de plein droit et par la publication du recueil de textes de droit français, connu sous le nom de *code Merlin* et rédigé pour l'usage obligatoire des départements réunis. La Belgique était restée sous ce régime jusqu'au moment où l'invasion des armées coalisées en 1814 avait commencé à l'isoler, en fait, de l'empire napoléonien et où la grande liquidation de 1815 l'avait définitivement détachée de la France, en faisant de son territoire l'un des éléments constitutifs du nouveau royaume des Pays-Bas (1). Elle avait donc vécu de la vie générale du droit français à l'époque où arrivaient à leur plein développement, dans ce pays, et le

(1) ERRERA, *l. c.*, p. 1 et 2.

dogme de l'irresponsabilité de la puissance publique et les méthodes d'organisation constitutionnelle de l'Etat qui, en établissant une cloison étanche entre l'administration et la justice, tendaient à empêcher que les tribunaux puissent par leur intervention et leur contrôle paralyser les actes, même les plus abusifs et les plus illégaux, des administrateurs. Elle avait été soumise notamment pendant toute la durée de l'Empire, au régime de compression administrative et de centralisation à outrance organisé par le jeu combiné de la Constitution de l'an VIII et de la législation consulaire, et notamment par les arrêtés des consuls du 5 nivose an VIII et du 13 brumaire an X, qui permettaient à l'administration napoléonienne, par l'intermédiaire de ses préfets, d'arrêter, quand bon lui semblait, la marche de la justice, en soulevant des conflits d'attributions dont, se faisant juge et partie, elle confiait la solution, primitivement au Ministre de la Justice, plus tard à l'un de ses organes les plus souples d'action centrale, le Conseil d'Etat (1). Cet instrument fort efficace de suppression des résistances opposées par la voie du droit à l'arbitraire étatique qu'était la juridiction administrative complétée par la théorie du conflit d'attributions, telle que l'avait comprise et réglée Napoléon, avait d'ailleurs été employé en Belgique avec plus de fréquence et de sans-gêne encore qu'en France, dans des conditions où il devenait manifestement impossible de le colorer d'une apparence de légalité. La littérature du droit administratif belge a conservé jusqu'à nos jours le souvenir de quelques-unes des manifestations les plus symptomatiques de cette tendance de l'administration impériale à s'immiscer

(1) THONISSEN, *La constitution belge annotée*, 2^e édition, p. 256-257. — LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, I, p. 272 et suiv.

dans le solutionnement des affaires judiciaires, par un maniement habile et peu scrupuleux de l'arme du conflit d'attributions qui l'amenait parfois à évoquer devant elle des causes purement civiles et même à remettre en question, en matière pénale, l'autorité de la chose jugée (1). C'était, peut-être, par là que la domination napoléonienne était apparue la plus dure à une population habituée, antérieurement à la conquête française, à un certain degré de franchises locales et d'autonomie individuelle.

146. Aussi, lors de l'incorporation officielle de la Belgique aux Etats du prince d'Orange, celui-ci, en s'élevant à la royauté sous le nom de Guillaume I^{er}, dût-il, pour gagner la confiance de ses nouveaux sujets, insérer dans l'acte fondamental du 24 août 1815, qui forma la charte constitutionnelle du royaume des Pays-Bas, un article 165 portant « que les contestations qui ont pour objet la propriété ou les droits qui en dérivent, les créances ou tous autres droits civils, sont exclusivement du ressort des tribunaux » et une loi du 16 juin 1816, appliquant rétroactivement ces principes, déclara nuls et non avenue tous les conflits antérieurement élevés dans les litiges portant sur des questions de droit civil (2). Mais Guillaume I^{er} ne sut pas rester fidèle aux promesses faites au début de son règne, et violant ouvertement la disposition précitée du pacte constitutionnel de 1815 il prit, à la date du 5 octobre 1822, un arrêté royal qui, revenant partiellement au régime pratiqué sous l'Empire, autorisait les gouverneurs de province à arrêter le cours régulier de la

(1) LAFERRIÈRE, *l. c.*, p. 85-87 et les auteurs cités par lui.

(2) LAFERRIÈRE, *l. c.*, I, p. 86.

justice par la procédure de conflit, toutes les fois qu'ils constateraient « que des administrations ou des administrateurs sont cités devant les tribunaux du chef de leurs faits ou actes administratifs, ou que la légalité et la validité de leurs actes et faits administratifs sont portés à la connaissance et décision des tribunaux, ou que ceux-ci prennent connaissance de contestations qui, d'après les lois du royaume ou les règlements d'administration publique, sont dans les attributions de l'autorité administrative. » En vertu de cet arrêté, une simple déclaration du gouverneur suffisait à obliger le tribunal saisi d'une affaire litigieuse, à surseoir à son examen jusqu'au moment où serait solutionné le conflit d'attribution, dont le roi se réservait la décision, plaçant ainsi l'autorité judiciaire dans une situation de subordination par rapport au pouvoir exécutif(1). La réapparition en 1822 de ces pratiques, justement impopulaires, du premier Empire figura au nombre des causes, par ailleurs assez nombreuses, qui créèrent dans la population des provinces belges un mouvement de désaffection croissant à l'égard de la domination hollandaise et provoquèrent la révolution séparatiste de 1830.

147. On comprend, dès lors, que les auteurs de la Constitution de 1831 se soient, avant tout, préoccupés de prendre des précautions efficaces pour empêcher la persistance de formes d'ingérence de l'autorité administrative dans le fonctionnement de l'organisme judiciaire que l'opinion publique belge s'accordait à considérer comme exceptionnellement compromettantes pour la sécurité des droits et des libertés de l'individu. Cette préoccupation s'affirmait

(1) THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, p. 259.

avec une particulière netteté, au cours des discussions du Congrès, sous la plume du rapporteur de la section centrale, M. Raikem, qui définissait ainsi le régime d'organisation policière de la société dont la Belgique avait eu à souffrir pendant la durée des dominations étrangères, et dont les constituants tenaient à prévenir le retour. « La Constitution de l'an VIII, disait-il, sans l'énoncer formellement, regardait l'ordre judiciaire comme une branche du pouvoir administratif, et dans la réalité elle ne reconnaissait que deux pouvoirs dans l'Etat. C'était un moyen d'asservir les tribunaux et l'expérience nous a fait voir combien il était facile d'en abuser » (1). Pour assurer la rupture définitive avec un passé universellement condamné, il s'agissait donc de réaliser dans les institutions du nouveau droit constitutionnel la séparation et l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif, et de permettre aux tribunaux de remplir en toute liberté leurs fonctions de gardiens du droit individuel, fût-ce à l'encontre des administrateurs et des administrations.

148. C'est ce qui explique l'insertion, dans la Constitution de 1831, d'un chapitre II, particulièrement détaillé, sur le pouvoir judiciaire. C'est ce qui explique aussi que l'on ait incorporé dans ce chapitre des dispositions, comme l'article 98 qui soumet au jury toutes les affaires criminelles ainsi que les délits politiques et les délits de presse; comme l'article 99 qui limite étroitement le droit de nomination des magistrats accordé au roi par l'établissement de droits de présentation au profit, soit des corps judiciaires dont

(1) HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, Bruxelles, 1844, IV, p. 68.

il s'agit de compléter le personnel, soit de certaines assemblées politiques; comme l'article 100 qui accorde aux juges la précieuse garantie de l'inamovibilité; comme les articles 102 et 103 qui cherchent à protéger les membres de l'ordre judiciaire contre les séductions des dépositaires du pouvoir exécutif en disposant que leurs traitements ne peuvent être fixés que par la loi et qu'ils ne peuvent accepter du Gouvernement des fonctions salariées, à moins qu'ils ne les exercent gratuitement, et diverses autres dispositions relatives à l'organisation générale des tribunaux, qui, par leur esprit et leurs tendances, rappellent à plus d'un égard les prescriptions de notre *R. O. J.* (1). C'est dans ce chapitre de la Constitution belge que s'encadrent tout naturellement les divers textes qui, en se combinant, ont formé le prototype du système général de défense judiciaire du droit individuel contre les atteintes administratives qui, sous la forme et par l'intermédiaire de sa version italienne, a constitué la source inspiratrice de l'article 11 du *R. O. J.*

(1) Au même ordre d'idées se rattache d'ailleurs un texte placé dans une autre partie de la Constitution, dans un titre consacré à l'énumération des droits publics subjectifs des citoyens belges, l'article 24 qui écarte l'ancienne institution française de la garantie administrative.

SECTION II

Le mécanisme théorique du système belge d'après la Constitution

149. L'idée première du système est posée dans les articles 92 et 93 ainsi conçus :

« Article 92. — Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.

« Article 93. — Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par les lois. »

La Constitution de 1831 reprend, on le voit, dans ces deux articles, la disposition de l'article 165 de l'acte fondamental du 24 août 1815, mais en l'élargissant et en la généralisant. Elle étend aux droits politiques en même temps qu'aux droits civils une méthode de protection que l'acte de 1815 n'avait organisée qu'au profit des seuls droits civils. Elle exprime cette volonté en des termes qui peuvent paraître au premier abord quelque peu étranges, mais qui trouvent leur explication dans les travaux préparatoires. La rédaction primitive de la Constitution englobait les articles 92 et 93 en un seul texte ainsi conçu : « Toutes les contestations qui ont pour objet des droits politiques et civils sont de la compétence des tribunaux,

sauf les exceptions établies par la loi. » Mais on souleva au cours des débats des objections contre une formule qui eût réservé trop largement à la législation ordinaire le droit d'apporter des dérogations au principe posé dans la Constitution. On fit remarquer que, si les droits politiques sont de nature à varier dans leur assiette et leur fonctionnement avec le temps, si l'exercice individuel en est étroitement conditionné par la nécessité de respecter les intérêts généraux et si, pour ces motifs, il peut être désirable que, dans certains cas exceptionnels, le jugement des contestations qu'ils soulèvent soit déféré à des juges spécialisés ou à des juridictions politiques, il n'en saurait être de même en ce qui concerne les droits civils qui présentent trop d'importance et de stabilité naturelle pour que l'on puisse, sans de graves inconvénients, tolérer jamais que les atteintes dont ils peuvent être l'objet de la part des autorités publiques soient soustraites à l'examen et à l'appréciation des organes réguliers du pouvoir judiciaire. Pour faire droit à ces observations, la section centrale du Congrès dissocia, en en faisant l'objet de deux articles distincts, la disposition relative aux droits politiques, de façon à ne plus admettre la possibilité des exceptions visées dans la formule primitive qu'en ce qui concerne les droits politiques, et à les exclure d'une façon absolue en ce qui concerne les droits civils (1).

En interdisant au législateur lui-même de déroger à la règle consacrée dans l'article 92 et en donnant ainsi une protection plus absolue aux droits civils qu'aux droits politiques, la Constitution de 1831 a transplanté en

(1) HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, IV, p. 95.

Belgique, avec une signification et une raison d'être nouvelles, une distinction qui avait été familière aux hommes de l'Assemblée constituante et, en général, aux législateurs français de l'époque révolutionnaire (1). Cette distinction d'apparence fort simple, parce que reposant sur des données fournies par la conscience populaire, s'est révélée à l'usage assez malaisée à mettre en œuvre et à préciser dans le détail, comme le montre la diversité des définitions que donnent de l'un et l'autre de ses termes les commentateurs de la Constitution belge (2). Mais, tout au moins, semble-t-il que, dans la pensée du législateur constitutionnel de 1831, elle ait été envisagée comme englobant nécessairement dans ses deux branches toutes les facultés juridiques reconnues aux particuliers et sanctionnées par les lois. Ce n'est que par suite d'un développement de jurisprudence, postérieur à la Constitution, et que celle-ci n'avait ni prévu ni voulu, par l'effet d'un travail de réaction qui s'est opéré dans les périodes suivantes de l'histoire politique de la Belgique contre les conceptions libérales dont s'était inspirée l'œuvre constitutionnelle de 1831 que, vers le milieu du *xix*^e siècle, quelques arrêts de la Cour de Cassation belge ont affirmé l'existence de droits administratifs qui ne rentreraient ni dans la catégorie des droits civils, ni dans celle des droits politiques et dont la défense échapperait pour cette raison à l'autorité judiciaire (3). M. Errera, illustrant le sens des

(1) Cf. ERRERA, *Droit public belge*, p. 244.

(2) Voir les définitions rassemblées dans THONISSEN, *la Constitution belge annotée*, p. 262, 374-375 et la note, et GIRON, *Droit public de la Belgique*, Bruxelles 1884, p. 143. — Cf. l'interprétation isolée, et à notre avis erronée, de JACQUELIN, *Juridiction administrative*, p. 349.

(3) ROMIEU, *De la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire en Belgique*, dans *Annales de l'Ecole libre des sciences politiques*, I, 1886, p. 375-376.

articles 92 et 93 par la comparaison des articles 4, alinéa 2, et 128 de la Constitution, a fort bien montré que, pour les constituants, la distinction des droits civils et des droits politiques se confondait en grande partie avec la distinction des droits reconnus à tous, même aux étrangers, et des droits réservés aux citoyens, et que l'on trouvait déjà en germe dans les articles 92 et 93 l'opposition, qui se dessinera ensuite avec plus de netteté dans la filiale italienne du système belge, entre les droits proprement dits, dont la garde est réservée à l'autorité judiciaire, et les simples intérêts individuels, que l'autorité administrative a mission de concilier et d'harmoniser.

150. Si l'on fait abstraction du pouvoir réservé au législateur de déroger au principe en ce qui concerne les droits politiques — pouvoir dont il n'a fait d'ailleurs qu'un usage des plus modestes (1) — on peut donc dire que la Cons-

(1) La Constitution de 1831 a organisé elle-même deux dérogations à son principe, en prévoyant, dans son article 116, l'institution de la Cour des Comptes, et, dans son article 34, la compétence de chacune des Chambres pour la vérification des pouvoirs de ses membres. Les juridictions administratives créées par les lois ordinaires, députations permanentes des conseils provinciaux, conseils de milice et de révision, directeurs provinciaux des contributions, etc., sont peu nombreuses et n'ont qu'une compétence limitée. Il n'existe point à leur tête de juridiction spéciale d'appel analogue au Conseil d'Etat français, et l'absence de cet organe d'unité et de cohésion dans la jurisprudence a rendu leur action rudimentaire et fragmentaire. Ce sont les expressions mêmes qu'emploie, pour formuler son jugement à leur égard, l'un des plus récents auteurs de traités généraux de droit public et administratif belge, M. Errera, l. c., p. 248-250. Et surtout, ces juridictions isolées les unes des autres et par elles-mêmes fort étriquées, ne jouissent pas, comme en France, de l'indépendance par rapport à la justice civile. Elles n'exercent leurs attributions que sous la surveillance et la tutelle des organes ordinaires du pouvoir judiciaire. La plupart d'entre

titution de 1831 reconnaît compétence exclusive à l'autorité judiciaire pour trancher les contestations relatives à l'existence et à l'exercice des droits individuels, quels que puissent être ces droits et même au cas où ces contestations s'élèvent entre administrations et particuliers. Elle s'inspire, à cet égard, d'idées directrices, dont le contraste avec la conception française du contentieux administratif est à juste titre relevé par M. Romieu dans les lignes suivantes : « La législation belge s'attache pour définir la compétence, non pas à la qualité des parties, ni à la nature de l'acte, mais à la nature du droit lésé : peu importe qu'il s'agisse d'un acte administratif ou d'un contrat privé, que l'Etat soit ou ne soit pas en cause, du moment où un citoyen se plaint du trouble apporté à l'exercice d'un droit civil (l'auteur aurait pu dire avec plus d'exactitude, d'un droit tout simplement), c'est aux tribunaux qu'il doit s'adresser pour obtenir réparation; ce point de vue est essentiellement différent du système français, d'après lequel le caractère administratif de l'acte suffit pour paralyser le pouvoir judiciaire, de même que la seule possi-

elles n'ont qu'une compétence de première instance et ne rendent leurs décisions que sous réserve d'une réformation possible par les Cours d'Appel, en cas d'ouverture d'une seconde instance. Toutes, y compris la Cour des Comptes, sont soumises au contrôle suprême de la Cour de Cassation. Aussi M. JACQUELIN, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, p. 347 et 351, a-t-il pu dire : « La Belgique ne possède donc que des tribunaux administratifs judiciaires; il ne faut pas opposer les tribunaux administratifs aux tribunaux judiciaires, mais bien les tribunaux administratifs judiciaires aux tribunaux civils également judiciaires....; la juridiction administrative n'existe que dans une mesure extrêmement restreinte, puisqu'elle n'est instituée que par exception et seulement au premier degré, restant ainsi, même dans cette mesure, soumise au pouvoir judiciaire ». La Belgique est, à ce point de vue, celui des pays latins dont l'organisation judiciaire se rapproche le plus de la nôtre.

bilité d'une condamnation pécuniaire contre l'Etat enlève toute compétence aux tribunaux, en vertu du principe que l'autorité administrative peut seule déclarer l'Etat débiteur. Tandis qu'en France le critérium de la compétence est dans l'existence de l'intérêt public, il est en Belgique dans l'existence du droit individuel » (1).

151. La Constitution belge se contente, dans ses articles 92 et 93, de proclamer que l'autorité judiciaire a le droit et le devoir de protéger tous les droits subjectifs des particuliers contre les atteintes illicites de toutes sortes dont ils pourraient être l'objet de la part des administrations publiques, en laissant à la législation ordinaire et à la jurisprudence le soin de déterminer quelles sont les facultés juridiques qui méritent être élevées à la dignité de droits subjectifs individuels et dans quels cas on peut dire que l'un de ces droits a été lésé et entravé dans sa sphère légale d'action par une mesure administrative. Les auteurs de la Constitution ont, sans doute, pensé qu'il s'agissait là de questions de réglementation et d'organisation pratique de la vie administrative qui ne présentaient ni la généralité, ni surtout la fixité suffisantes, pour qu'on pût les faire rentrer dans le cadre rigide de la législation constitutionnelle. En effet, dans les sociétés dont l'organisation politique évolue régulièrement vers l'idéal du *Rechtsstaat*, la liste des droits subjectifs individuels se modifie et s'allonge peu à peu par un travail patient de la loi et de la jurisprudence qui arrive à munir d'action des intérêts primitivement laissés sans défense judiciaire et à

(1) ROMIEU. — Article précité dans *Annales de l'Ecole libre des sciences politiques*, I, 1886, p. 366.

les faire ainsi passer dans la sphère des droits. D'autre part, il va de soi que les organes administratifs de l'Etat ne peuvent remplir les fonctions politiques et économiques qui leur incombent, et qui d'ailleurs vont se multipliant et se compliquant sans cesse dans nos civilisations actuelles, qu'en imposant des gênes et des sacrifices aux intérêts individuels même juridiquement reconnus ou protégés et qui souvent se trouvent en conflit et en contradiction avec les intérêts de la collectivité ; que les droits subjectifs de chaque individualité se trouvent donc limités, resserrés, soumis à une série d'échancrures, non seulement par les droits rivaux de ses concitoyens, mais aussi par les pouvoirs d'action collective et de commandement accordés aux autorités publiques ; que, par conséquent, pour qu'un particulier puisse obtenir de l'autorité judiciaire, sous forme d'octroi d'indemnités, protection contre les actes administratifs, il ne suffit pas que ces actes lui aient imposé des sacrifices et l'aient atteint matériellement dans l'un de ses droits ; encore faut-il qu'il s'agisse d'atteintes illégales ou dépassant par leur étendue ou leur intensité les limites prévues par la loi ou, d'une façon plus générale, par la juridicité du temps. L'évolution qui s'est produite sur ces matières, depuis moins d'un demi-siècle, dans les jurisprudences occidentales et en particulier dans la jurisprudence française, suffit à montrer avec quelle rapidité peuvent se renouveler les solutions données à des problèmes de nature aussi relative et contingente. Les auteurs de la Constitution de 1831 les ont systématiquement laissé de côté. Le système de défense judiciaire du droit individuel qu'ils ont élaboré et qui, à l'époque où se poursuivaient les pourparlers en vue de la Réforme judiciaire égyptienne,

paraissait devoir s'imposer à l'acceptation successive de presque tous les peuples latins, suppose sans doute — la jurisprudence belge l'a peut-être un peu trop oublié dans les étapes postérieures de son développement — l'abandon du dogme vieilli de l'irresponsabilité de l'Etat ; il détermine même quel est l'organe qui sera chargé d'édifier et d'appliquer la théorie de la responsabilité de la puissance publique ; mais il ne fournit pas lui-même les données nécessaires à la fixation, soit de l'étendue, soit du fonctionnement, soit des conditions d'ouverture de cette responsabilité. Il présuppose l'existence de cette théorie et désigne l'autorité compétente pour en entreprendre l'édification, mais se garde bien d'entrer dans les détails de sa construction.

152. Mais, si le système de la Constitution belge est des plus souples et se plie à toutes les contingences de temps et de milieu en ce qui concerne le fonctionnement des actions en responsabilité et indemnité qu'il ouvre aux particuliers à raison des empiétements commis sur leurs droits par l'activité des administrations publiques, en revanche il détermine avec précision et rigidité jusqu'à quel point l'autorité judiciaire, pour s'acquitter de sa mission de défense du droit subjectif individuel, peut prendre connaissance des actes de l'autorité administrative et se faire juge de leur valeur. Il s'inspire, sur ce point, d'une conception simple et tranchante de la séparation des pouvoirs qui, historiquement, domine l'œuvre entière des constituants belges, et qui veut que les administrateurs ne soient jamais appelés à juger, ni les juges à administrer. La Constitution belge s'est efforcée de concilier cette notion arrêtée de la séparation des

pouvoirs avec la préoccupation de réserver à l'autorité judiciaire la possibilité de défendre les particuliers, non seulement contre les actes administratifs visant à les déposséder de l'un quelconque de leurs droits civils ou politiques, mais aussi contre la violation des règles de forme et de fond auxquelles est subordonnée l'action administrative et dont, par là même qu'elles sont prescrites dans l'intérêt des administrés, ceux-ci ont le droit d'exiger l'observation. C'est à ce double souci que répond la disposition, que nous avons déjà rencontrée, de l'article 107, et dont il ne sera pas inutile de reproduire une seconde fois le texte.

« Les cours et tribunaux, dit cet article, n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. » Le législateur de 1831 cherchait avant tout à réagir contre les méthodes de Gouvernement qui, pendant les dernières années de la domination hollandaise, avaient soulevé la désapprobation de l'opinion publique et contre ce que les nombreux adversaires de la dynastie hollandaise avaient appelé « le régime des arrêtés »; il se trouvait, dès lors, dans un état d'esprit assez semblable à celui qui animera plus tard les auteurs de notre *R. O. J.*, et voyait, comme eux, dans la séparation des pouvoirs une barrière opposée aux empiétements du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire bien plutôt que le moyen d'assurer à l'exécutif une liberté d'action que celui-ci avait su dans le passé, non seulement maintenir, mais développer exagérément. On comprend aisément, quand on se rappelle le milieu historique d'où est née son œuvre, qu'il n'ait visé directement et formellement, dans l'article 107, que les pouvoirs de contrôle qu'il se proposait d'accorder à l'autorité

judiciaire, dans l'intérêt de ses justiciables, sur la légalité des règlements et des actes administratifs pour l'exécution desquels l'autorité gouvernementale pouvait être amenée à lui demander son concours. Mais, si l'article 107 ne définit qu'indirectement et par *a contrario* celles des formes d'intervention dans les rapports entre administrations et particuliers qu'il entend interdire aux tribunaux, il le fait cependant avec assez de clarté pour qu'aucun dissentiment n'ait pu s'élever sur sa signification réelle entre les commentateurs des textes constitutionnels.

153. Cette disposition de la Constitution belge ne fait que généraliser, en l'étendant à tous les actes administratifs, le système appliqué en France par l'article 471, n° 15, du Code pénal et par une jurisprudence constante aux règlements émis sous la garantie de sanctions pénales, et en vertu duquel les tribunaux judiciaires doivent se refuser à faire application des règlements quand ils constatent qu'ils sont entachés d'illégalité (1). Sous cette forme modeste et très limitée, le contrôle exercé par les corps judiciaires sur la légalité des actes administratifs ne saurait se transformer en une immixtion dans la fonction administrative. Alors même qu'il refuse son concours à l'application d'un acte administratif, pour cause d'illégalité, le juge ne défend, ni n'arrête directement l'exécution de cet acte; il se borne à soustraire celui qui y a désobéi aux conséquences pénales que devrait entraîner cette désobéissance si le règlement ou l'arrêté enfreints avaient été pris régulièrement; il se contente de régler la situation

(1) LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, I, p. 480-482. — LE JEUNE, *Etude sur la Constitution belge ; Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs*, Bruxelles, 1857.

juridique des plaideurs, dont la cause l'a amené à examiner la valeur légale de l'acte administratif, comme si cet acte n'était jamais intervenu et d'allouer, le cas échéant, des indemnités à celui dont le droit a été lésé par la mise en exécution d'une mesure arbitraire. L'acte qui a été l'objet de cette constatation occasionnelle d'illégalité n'en reste pas moins debout. Il perd seulement, en fait, sa puissance de contrainte à l'égard du plaideur qui a obtenu cette constatation, et, par là même que l'autorité de la chose jugée n'a qu'une force limitée et relative, l'appréciation défavorable formulée à son encontre par un premier juge ne s'impose même pas à ceux qui, dans l'avenir, pourront, à l'occasion d'autres procès, être appelés à se prononcer sur sa valeur (1).

154. Le droit de se refuser à appliquer les actes administratifs entachés d'illégalité n'entraîne pas d'ailleurs celui de les modifier ou de les abroger et les tribunaux ne sont autorisés à en apprécier la légalité que dans la mesure où ils sont invoqués au débat. En s'arrogeant le droit de les annuler, ils violeraient non seulement l'esprit des articles 92, 93 et 107 de la Constitution, mais aussi la prohibition formelle de l'article 5 du Code civil qui leur défend de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire. La Cour de Cassation belge a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de le rappeler aux juridictions inférieures (2). Ils ne sont même appelés à connaître de la légalité de ces actes que si et dans la mesure où ils sont

(1) ERRERA, *l. c.*, p. 252 et suiv. — THONISSEN, *l. c.*, p. 327 et suiv.

(2) LAFERRIÈRE, *l. c.* p. 92-93. — DE FOOTZ, *Le droit administratif belge*, Paris, 1859. I., p. 313 et suiv.

sollicités, soit par l'administration, soit par les particuliers de concourir à leur application. Ils ne sauraient s'opposer à leur exécution quand celle-ci est directement poursuivie par le pouvoir exécutif sous sa responsabilité et par ses agents. Sans doute, si l'exécution par la voie administrative, d'un règlement ou d'un arrêté illégal lèse un particulier dans ses droits acquis, la victime puisera bien dans cette lésion le principe d'une action judiciaire; mais le tribunal saisi de l'action ne pourra accorder qu'une réparation indirecte sous forme de dommages-intérêts; il ne lui serait pas loisible d'ordonner la suppression ou la cessation de l'état de choses né de la mise en œuvre de l'acte critiqué. C'est par une interprétation très fidèle et très logique de la disposition de l'article 107 de la Constitution que divers arrêts ont été amenés notamment à décider que les tribunaux ne peuvent pas ordonner la suppression d'établissements autorisés sur des cours d'eau non navigables par des décisions illégales de députations permanentes, mais qu'ils ont le droit d'attribuer des indemnités aux riverains qui ont subi des dommages du chef de ces autorisations irrégulières; qu'ils ne peuvent pas annuler ou restreindre, pour cause d'illégalité, des concessions de mines accordées par le Gouvernement, mais qu'ils ont le droit d'interpréter les actes de concession et d'en apprécier la régularité à l'occasion d'un litige entre le concessionnaire et le propriétaire de la surface et de se refuser à en tenir compte pour la solution de ce litige; qu'ils ne peuvent pas faire défense à l'autorité administrative de donner suite à un ordre d'expulsion délivré contre une étrangère par un administrateur que la loi n'a pas investi du droit d'édicter pareilles mesures; mais qu'ils sont compétents pour statuer sur la demande de dommages-intérêts formée par l'étrangère

victime de cette expulsion illégale à l'encontre du fonctionnaire qui l'a ordonnée (1).

155. Enfin le texte même de l'article 107 indique clairement que le contrôle que les tribunaux sont invités à exercer indirectement sur les actes administratifs à l'occasion de leur application par la voie judiciaire doit se limiter strictement à l'examen de leur correction juridique, de leur conformité avec la loi, sans jamais dégénérer en une appréciation de leur mérite administratif. L'autorité judiciaire sortirait de ses attributions pour empiéter sur celles du pouvoir exécutif si elle se permettait de critiquer un acte émanant des autorités gouvernementales, provinciales ou locales, soit au point de vue de sa valeur politique, soit au point de vue de son opportunité administrative (2). Mais, si cette distinction entre le contrôle de légalité et la juridiction de mérite, entre l'appréciation de la correction légale et l'appréciation de l'opportunité, qui forme l'une des bases essentielles du système belge, est en elle-même fort logique et se prête aisément à définition théorique, l'application aux espèces concrètes ne va pas toujours sans difficultés. L'analyse de la jurisprudence de nos tribunaux mixtes nous montrera combien facilement les tribunaux peuvent passer, presque sans s'en apercevoir, de l'examen de la légalité à l'examen de la valeur administrative et combien il est malaisé parfois de séparer complètement la seconde forme de contrôle, celle qui est fermée aux tribunaux, de la première, de celle qui leur est

(1) ROMIEU, dans *Annales de l'Ecole libre des sciences politiques*. I., 1886, p. 373-376. — LAFERRIÈRE, *l. c.*, p. 93-94. — ERRERA, *l. c.*, p. 254 et la note.

(2) ERRERA, *l. c.*, p. 257.

ouverte. Il y a donc lieu de prévoir que l'autorité judiciaire puisse se laisser entraîner, en fait, dans son ardeur à remplir la mission dont l'investit l'article 107, à empiéter à certains moments sur le domaine réservé à l'activité incontrôlée de l'autorité administrative et que des conflits puissent s'élever de ce chef entre tribunaux et administrateurs. A qui sera confiée la tâche de solutionner ces conflits d'attribution? C'est ici qu'apparaît le dernier trait caractéristique du système belge, trait défini par l'article 106 de la Constitution ainsi conçu : « La Cour de Cassation prononce sur les conflits d'attributions d'après le mode réglé par la loi. »

156. Au lieu de créer, pour départager les deux autorités rivales, un organisme officiel indépendant de l'une et de l'autre, comme le feront plus tard, en France, la législation éphémère de 1849, puis la loi actuellement en vigueur du 24 mai 1872, les constituants belges, obéissant à la tendance qui domine toute leur œuvre, ont franchement donné le pas ici à l'autorité judiciaire sur l'autorité administrative, parce que l'expérience d'un passé récent leur faisait penser que les usurpations de pouvoir étaient beaucoup plus à redouter du côté de l'administration que du côté de la justice ; parce qu'ils étaient encore sous l'impression toute fraîche du mouvement d'indignation populaire soulevé par l'arrêté inconstitutionnel du 5 octobre 1822 réservant au roi la solution des conflits d'attributions et par l'usage excessif que les ministres hollandais avaient fait de cette prérogative royale pendant les dernières années de la domination de Guillaume I. Une dizaine d'années plus tard, dans un discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour d'Appel de Liège, le

16 octobre 1843, et dont les passages les plus caractéristiques sont reproduits dans le commentaire de Thonissen, un homme politique, qui avait, comme rapporteur de la section centrale du Congrès, joué un rôle prépondérant dans la préparation des textes constitutionnels, M. Raikem, rappelait encore, avec une réelle fidélité de souvenirs, les mobiles, qui, en 1831, avaient poussé le Congrès à formuler la disposition contenue dans l'article 106. Il fallait, disait-il, choisir entre les trois grands pouvoirs de l'Etat pour déterminer celui qui serait chargé de contenir les autorités dans leurs limites constitutionnelles. On ne pouvait pas songer à suivre les traces de la législation antérieure et à conserver au roi, à titre de prérogative personnelle, des pouvoirs dont l'expérience de la veille démontrait qu'il pouvait tirer parti pour compromettre les libertés publiques les plus fondamentales. Sans doute, sous le régime de la Constitution de 1831, le roi ne pouvait agir que sous la responsabilité de ses ministres, et, ces derniers étant eux-mêmes responsables devant les Chambres, en confiant le règlement des conflits d'attributions au pouvoir exécutif, on eut du même coup établi le contrôle suprême du pouvoir législatif sur le fonctionnement donné à ces questions et réservé ainsi le dernier mot à la législature elle-même. Mais c'eût été transporter la décision du conflit dans l'arène politique et faire résoudre ces litiges, souvent épineux, par l'influence des passions et des préventions du moment. Seul le pouvoir judiciaire, que la nature même de sa tâche place au-dessus des factions et des querelles politiques, pouvait sans danger être investi du pouvoir redoutable de régler les conflits créés par l'action opposée des diverses forces constitutionnelles. « On ne pouvait mieux faire que d'attribuer ce droit à l'autorité qui domine toute la hié-

rarchie judiciaire, à celle qui, par son institution même, se trouve le plus en dehors du mouvement politique. La Cour de Cassation ne connaît pas du fond des affaires. Elle est seulement chargée de maintenir l'observation exacte et uniforme de la loi. Elle se trouve, par là, le régulateur le plus impartial des limites posées par la loi à la compétence des autorités constituées. Elle était donc bien propre à réaliser l'attente du pouvoir constituant, en maintenant l'exercice du pouvoir judiciaire, sans chercher à l'étendre aux dépens du Gouvernement » (1).

157. La Constitution belge s'est toutefois bornée, dans son article 106 à proclamer, en quelque sorte théoriquement, un principe général : elle s'en est rapportée à la législation ordinaire pour assurer la réalisation pratique de ce principe. Les lois des 4 août 1832 et 18 juin 1869 ont bien déclaré que les conflits d'attributions doivent être jugés par les chambres réunies de la Cour de Cassation. Mais, faute d'une loi organique réglant la procédure à suivre et déterminant l'autorité compétente pour élever le conflit (2), la disposition de l'article 106 est, en fait, demeurée lettre morte. Dans la pratique l'administration a dû renoncer à recourir au procédé insuffisamment réglementé de l'élévation du conflit, pour se défendre contre les empiétements possibles de l'autorité judiciaire sur sa sphère propre d'action, et se contenter des voies de

(1) Discours de M. Raikem, dans THONISSEN, *La Constitution belge anotée*, p. 324.

(2) Sur les divers systèmes qui, en l'absence de toute loi sur la matière ont été proposés dans la doctrine, pour déterminer les formes à donner à la procédure du conflit, Cf. THONISSEN, *l. c.*, p. 325.

droit commun en faisant, le cas échéant, soulever par ses représentants l'exception d'incompétence devant toutes les juridictions successivement saisies de l'affaire, depuis la juridiction de première instance jusqu'à la Cour de Cassation (1). Et, dans ces conditions, elle n'a pas besoin, le plus souvent, d'intervenir elle-même pour se prémunir contre les risques d'usurpation sur ses pouvoirs. Comme le constate fort justement M. Flourens, « lorsque la question doit être tranchée souverainement par l'autorité judiciaire, l'administration n'a qu'à garder le silence et s'en remettre à la sagesse de cette autorité. Les parties au procès ou le ministère public soulèveront, s'il y a lieu, la question de compétence. Elever le conflit serait aussi inutile qu'impolitique » (2). Cette méthode de déclinaire d'incompétence qui, dans la réalité juridique, a pris la place de l'institution prévue, mais non réalisée, par l'article 106, est d'ailleurs en aussi étroite harmonie que possible, sinon avec la lettre, du moins avec l'esprit général de la Constitution. Elle aboutit à ce résultat que, en Belgique aussi bien qu'en Egypte, ce sont les tribunaux qui, en s'inspirant des directions tracées par la loi et en en faisant application aux espèces concrètes qui leur sont soumises, doivent déterminer eux-mêmes où s'arrête leur mission de défense des droits individuels et où commencent les bornes imposées à leurs investigations sur le terrain des relations administratives.

(1) ERRERA, *l. c.*, p. 250-252. — GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, 1884, I, p. 208.

(2) FLOURENS, *Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique*, Paris, 1875, p. 360.

SECTION III

Les Déviations du Système de la Constitution dans la Jurisprudence belge

158. Ce système de la Constitution belge, très logique, très cohérent, semble de nature à assurer à l'encontre de l'arbitraire de la puissance publique une garantie aussi efficace et aussi complète que possible aux droits individuels du citoyen. Quand on ne l'envisage qu'au travers des textes constitutionnels, dans sa forme originelle, tel qu'il est sorti des mains du législateur de 1831; quand on fait abstraction des déformations et des scories qui y ont pénétré sous l'action d'une jurisprudence dominée par des préoccupations politiques bien différentes de celles qui avaient présidé à l'établissement de la Constitution, on s'explique fort aisément l'engouement dont ce système a été l'objet dans tous les cercles scientifiques latins à l'époque des négociations de la Réforme judiciaire égyptienne; on comprend que, dans tous les pays vivant ou ayant vécu sous l'empire du droit français, la substitution du système belge au régime du contentieux administratif, tel qu'il avait été jusqu'alors pratiqué, soit apparue à la grande majorité de l'opinion publique comme l'une des conditions indispensables de l'établissement du règne du droit. Et, pourtant, si l'on inventorie aujourd'hui les résultats pratiques donnés par

l'application des deux systèmes rivaux, si l'on rapproche notamment la notion affinée de la responsabilité de l'Etat qui se dégage de la pratique administrative française et que décrivent, par exemple, les ouvrages de M. Teissier et de M. Tirard, de la théorie correspondante et beaucoup moins évoluée du droit belge, telle qu'elle ressort notamment de l'inventaire jurisprudentiel dressé par M. René Marcq (1), on n'est pas long à se convaincre que la comparaison n'est guère favorable au système belge. Tous ceux qui, de nos jours, ont eu l'occasion d'examiner avec quelque attention cette question de la valeur comparative des deux jurisprudences voisines, qu'il s'agisse de savants belges comme MM. Errera ou Edmond Picard, ou d'écrivains français, comme MM. Romieu ou Laferrière, s'accordent à reconnaître que la jurisprudence des tribunaux civils belges laisse à la merci de l'arbitraire administratif d'importantes catégories d'intérêts privés qui trouvent une protection suffisante dans les voies de recours organisées par le droit administratif français et que, même dans les cas où elle intervient pour défendre le droit individuel, elle le fait généralement avec beaucoup moins de libéralisme et de largeur d'idées que la jurisprudence administrative de la France (2).

(1) *De la responsabilité de la puissance publique*, Paris et Bruxelles, 1911. Cf. aussi les nombreuses citations jurisprudentielles invoquées par M. Alfred VALERIUS, à l'appui de la conception particulièrement étroite et antilibérale de la responsabilité des patrimoines administratifs qu'il expose dans le tome III de son livre : *Organisation, attribution et responsabilité des communes*, Paris et Bruxelles, 1912.

(2) ERRERA, *l. c.*, p. 246, 250, 267. — PICARD, *Introduction au Tome IV des Pandectes belges*. — ROMIEU, *l. c.*, p. 376. — LAFERRIÈRE, *l. c.*, II, p. 95.

159 Ces auteurs cherchent d'ordinaire la cause de cette infériorité de la pratique judiciaire belge, au point de vue des garanties offertes à la stabilité du droit individuel, dans l'organisation disparate et rudimentaire des tribunaux administratifs de Belgique, dans l'absence à leur tête d'un chef, tel que le Conseil d'Etat français, qui puisse imprimer à leur jurisprudence l'impulsion et la certitude d'action nécessaires, et ils sont volontiers portés à croire que la supériorité, très apparente, du mécanisme français actuel est due à la large place qu'y tient la justice administrative qui seule, à leurs yeux, est apte à faire preuve de hardiesse d'idées et capable de concilier avec équité et intelligence les exigences contradictoires de l'intérêt privé et de l'intérêt collectif (1). Mais, si les faits qu'ils enregistrent, et dont ils cherchent à déterminer les causes, sont vraiment trop clairs pour laisser prise à contestation, l'explication qu'ils en proposent est, en revanche, fort sujette à caution. Car, si le système belge a fait, en partie, faillite dans sa patrie d'origine, dans notre pays où la juridiction administrative est peut-être encore moins développée qu'en Belgique, il a permis aux tribunaux mixtes d'édifier un corps de jurisprudence, qui présente sans doute quelques lacunes par rapport à la pratique actuelle du Conseil d'Etat de France, mais qui les rachète amplement par la protection encore plus efficace que, sur beaucoup d'autres points, il assure au droit individuel et qui, dans son ensemble — notamment pour tout ce qui concerne la réglementation de la responsabilité de l'Etat — peut soutenir victorieusement la comparaison de la jurisprudence

(1) Cf. sur ce point, outre les travaux cités à la note précédente, ZWENDELAAR, *Un Conseil d'Etat*, dans *Journal des Tribunaux*, 9 et 12 janvier 1908, col. 17 à 42.

administrative française. Si le système consacré par la Constitution de 1831 n'a pas donné en Belgique les résultats qu'escomptaient ses inventeurs, il les a, en revanche, développés dans toute leur ampleur sur le terrain propice d'acclimatation que lui a fourni l'Égypte, et cela seul suffirait à prouver que l'avortement qu'il a subi en Belgique ne saurait être imputé uniquement, ni même principalement, à une sorte d'impuissance naturelle de la justice civile à réaliser pleinement la défense du droit individuel contre les exagérations ou les abus de l'action administrative. Il faut donc chercher ailleurs les raisons d'être de cet avortement.

160. M. Errera, qui pourtant s'approprie l'explication simpliste dont nous venons de démontrer l'insuffisance, nous les laisse lui-même entrevoir dans celui des paragraphes (155) de son droit public belge, où il expose comment est recrutée la magistrature de son pays. Commentant les dispositions de l'article 99 de la Constitution et de la loi organique du 18 juin 1869, il rappelle que, pour les présidents et vice-présidents des tribunaux ainsi que pour les conseillers aux Cours d'Appel, le régime suivi est la nomination par le roi sur deux listes doubles de candidats, présentées l'une par la Cour intéressée, l'autre par le Conseil provincial; que, pour les conseillers à la Cour de Cassation, c'est encore la nomination par le roi sur deux listes doubles présentées l'une par le Sénat, l'autre par la Cour elle-même; que les candidats portés sur une liste peuvent également figurer sur l'autre; que toutes les présentations sont publiées au *Moniteur* quinze jours avant la nomination, et que les Cours choisissent dans leur sein leurs présidents et vice-présidents. Puis il ajoute :

« Nous avons fait remarquer dans ce système une heureuse combinaison de la cooptation avec l'intervention d'éléments représentatifs : le Sénat et les conseils provinciaux. Il semble même que l'opinion publique soit invitée à se prononcer sur le mérite des candidats pendant les quinze jours qui doivent s'écouler entre l'insertion de leur nom au *Moniteur* et l'arrêté de nomination. Les présentations des Cours précèdent celles des assemblées délibérantes. Longtemps ces dernières se bornèrent à ratifier le choix des magistrats, ce qui doublait l'importance de la cooptation. *Mais la politique s'en est mêlée : la haute magistrature ayant passé pour appartenir en majorité à l'opinion libérale, on a voulu « rétablir l'équilibre » par des nominations de l'autre bord, devenues possibles depuis que le Sénat et beaucoup de conseils provinciaux appartiennent en majorité au parti catholique ; leurs listes de présentation diffèrent souvent de celles des Cours, ce qui laisse plus de latitude au Ministre de la justice. Si la concordance entre les listes de présentation semble, en ces derniers temps rétablie, c'est que les Cours elles-mêmes partagent en majorité l'opinion du Gouvernement. »*

161. Il semble bien que tous les partis qui se sont succédé à la direction des affaires publiques de la Belgique aient pratiqué, chacun à leur tour, la tactique que M. Errera signale comme ayant été suivie dans ces dernières années par le parti actuellement dominant. Et les lois même de la psychologie politique ne permettaient pas qu'il en fût autrement. Quand l'organisation constitutionnelle d'un pays réserve aux factions dirigeantes la possibilité d'utiliser les corps judiciaires comme instruments de consolidation de leur influence politique, il est bien rare qu'il se

rencontre des partis assez désintéressés pour se refuser à user d'un si précieux instrument de gouvernement. Le législateur de 1831, en partie sous l'empire de la pensée de défiance à l'encontre du pouvoir exécutif qui inspire toute son œuvre, en partie sous l'influence d'anciennes traditions locales (1), a tenu à conférer une large participation dans le recrutement de la haute magistrature aux assemblées politiques délibérantes, à celles qui représentent, soit auprès du pouvoir central, soit à l'intérieur de chaque province, les courants prédominants de l'opinion publique. Mais, en relâchant ainsi la dépendance de la magistrature à l'égard de l'organe permanent du pouvoir exécutif, de l'autorité qui plane comme un arbitre naturel au-dessus des groupements politiques passagers, elle l'a condamnée à un asservissement inévitable par rapport aux dirigeants du parti au pouvoir, asservissement beaucoup plus étroit que l'asservissement à l'autorité royale, parce que volontairement consenti, parce que fait d'une communion intime d'aspirations et de croyances politiques avec les détenteurs provisoires de l'action législative et gouvernementale, parce que dû à la fidélité et à la discipline nécessaire des partis. Il était inévitable qu'une magistrature ainsi recrutée, s'alimentant dans ses éléments supérieurs parmi les dirigeants ou les militants de groupements politiques, se préoccupât du côté gouvernemental de sa fonction, qu'elle se montrât soucieuse de servir les intérêts du parti d'où son personnel était issu, et, par conséquent, plus disposée à ménager, et même à étendre, des pouvoirs d'action administrative — qui, entre les mains d'administrateurs recrutés dans les mêmes cercles

(1) Sur ces traditions, cf. THONISSEN, *l. c.*, p. 304.

politiques que ses membres, servaient à consolider l'action politique commune — qu'à pousser jusqu'au bout la défense des droits subjectifs individuels.

162. Le bel élan de confiance et de tolérance mutuelles qui, au moment de la Révolution de 1830, avait un instant uni toutes les fractions de l'opinion publique coalisées pour assurer la défaite de la domination autoritaire de Guillaume I^{er}, et sous l'empire duquel la Constitution avait été rédigée, n'a naturellement été que d'une durée fort éphémère, et il a vite fait place à la lutte tenace et implacable des partis. La haute magistrature, que ses origines obligeaient à mêler la politique à la justice, a alors commencé à réagir instinctivement contre la conception libérale des rapports entre gouvernés et gouvernants qui avait inspiré la Constitution; elle s'est préoccupée de reconstituer sur des bases plus fortes une puissance de commandement et de domination de l'autorité administrative que les textes constitutionnels lui paraissaient avoir trop sacrifiée; elle a travaillé à créer des fissures et ouvrir des portes d'évasion dans le système de protection des droits individuels organisé par le législateur de 1831. Pour parvenir à ce but, elle n'a pas eu besoin de faire œuvre d'invention créatrice. Elle a pu se borner à emprunter à la doctrine française, dans la sphère d'attraction de laquelle la littérature juridique belge n'a jamais cessé de se mouvoir, la distinction entre les actes d'autorité, que l'administration accomplit en vertu de son *imperium*, en qualité de puissance publique, et les actes de gestion, où elle se présente comme une simple personne civile, traitant sur le pied d'égalité avec ses administrés. Il lui a suffi d'affirmer que les seconds seuls, les actes de gestion, sont soumis au contrôle judiciaire prévu

par les articles 92 et 93 de la Constitution et peuvent, à ce titre, donner naissance à des réclamations de dommages intérêts, quand ils empiètent sur la sphère des droits privés, tandis que les premiers, les actes d'autorité, sont accomplis par les dépositaires ou les agents du pouvoir exécutif dans des conditions d'entière irresponsabilité et ne doivent être déférés, sous aucun prétexte, à la connaissance des tribunaux, même au point de vue de la simple réparation pécuniaire des suites dommageables qu'ils peuvent avoir pour les particuliers.

163. Cette distinction est certainement étrangère à la Constitution. Un écrivain français, M. Jacquelin, a bien essayé, il est vrai, de l'en faire sortir par une interprétation, plus ingénieuse que solide, de l'article 93. Son argumentation mérite être reproduite. « L'article 93, dit-il, reconnaît que, par exception, des lois spéciales pourront soustraire aux tribunaux ordinaires la connaissance de certaines affaires basées sur un acte d'administration émané de la puissance publique; c'est ainsi que doit être entendue l'expression « droits politiques » employée par l'article 93 de la Constitution de 1831; le rapprochement de ce texte avec son précédent immédiat, l'article 165 de la loi fondamentale de 1815, ne permet pas le moindre doute à ce sujet. Ainsi la distinction entre l'acte accompli par l'administration en sa qualité de personne morale et l'acte accompli par l'administration en sa qualité de puissance publique, qui seul peut être retiré à la compétence des tribunaux civils, apparaît comme un principe fondamental et constitutionnel du droit public des Belges » (1). Il ne sera pas nécessaire

(1) JACQUELIN. *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, p. 349.

d'insister longuement sur les lacunes et les faiblesses que présente ce raisonnement. Elles sont vraiment trop apparentes.

En supposant même qu'il fallût, dans l'article 93, prêter à l'expression « droits politiques » la signification que lui attribue M. Jacquelin et l'entendre comme s'appliquant à tous les droits qui sont mis en jeu par les actes d'autorité de la puissance publique, il n'en résulterait pas que l'on puisse conclure de ce texte que les actes, accomplis par l'administration en sa qualité de puissance publique et que l'on accuse d'avoir lésé des droits individuels, soient en règle soustraits à la juridiction indemnitaire des tribunaux de droit commun. Car c'est précisément le principe opposé que formule l'article 93 qui déclare étendre d'une manière générale aux droits dont il s'occupe la même protection que l'article 92, reproduisant dans ses grandes lignes le dispositif de l'article 165 de l'acte fondamental du 24 août 1815, venait déjà d'accorder aux droits civils, et qui n'admet qu'à titre exceptionnel que les droits qu'il qualifie « droits politiques » puissent être soustraits à l'action défensive des tribunaux par des dispositions spéciales de la législation organique. De sorte que, même en acceptant l'interprétation donnée par M. Jacquelin, aux termes employés par l'article 93, on pourrait tout au plus déduire de ce texte l'exclusion de la responsabilité de l'Etat, non pas pour tous ses actes de puissance publique, mais seulement pour quelques catégories exceptionnelles parmi ces actes, c'est-à-dire l'équivalent de la théorie des actes de gouvernement, et non pas de l'ancienne théorie française des actes d'autorité. Mais la définition même que le savant professeur de l'Université de Paris donne de l'expression « droits politiques » et sur laquelle repose

toute son argumentation, ne saurait elle-même résister à l'examen. Le sens littéral des mots, la comparaison des articles 92 et 93, leur rapprochement avec l'article 165 de l'acte de 1815, tout concourt à démontrer que le législateur constitutionnel, qui savait parfaitement que les droits civils peuvent tout aussi bien que les droits politiques être entamés par des actes de puissance publique, n'a jamais songé à confondre ces deux choses qui n'ont rien de commun, l'acte d'autorité et le droit politique; qu'en fixant le degré exact d'énergie des garanties qu'il établissait au profit des droits civils d'une part, des droits politiques, de l'autre, il s'est préoccupé uniquement de la nature intrinsèque des droits exposés à lésion, et non pas des origines et des caractères des actes administratifs par lesquels la lésion peut être réalisée.

164. Mais, si la justification que M. Jacquelin a essayé de donner, au point de vue constitutionnel belge, de la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, est singulièrement fragile, tout au moins a-t-il eu le mérite de chercher à en dégager une et s'il a dû se contenter de celle-là, c'est peut-être parce qu'il n'était pas possible d'en trouver une meilleure. Les auteurs belges, en général, ne s'attardent pas à tenter une conciliation théorique entre le système original de leur Constitution et l'élément hétérogène que la jurisprudence y a glissé après coup en l'empruntant au système français du contentieux administratif. On s'en convaincra aisément en parcourant le manuel de M. Errera, que nous considérons comme l'œuvre la plus représentative, à raison même de sa date et de sa méthode de composition, de l'état actuel de la science du droit public et administratif en Belgique,

et qui d'ailleurs se recommande par la largeur des vues, l'esprit de pondération et le sens critique que développe la connaissance et la compréhension des législations étrangères. C'est dans les paragraphes consacrés au conflit d'attributions que nous voyons surgir, pour la première fois, sous la plume de M. Errera, une allusion au régime spécial que comportent les actes d'autorité. Il rappelle que la procédure prévue dans l'article 106 de la Constitution comme moyen d'arrêter les empiètements possibles de l'autorité judiciaire sur les attributions administratives a été, faute d'organisation procédurale, remplacée dans la pratique par des exceptions d'incompétence formulées de ce chef devant les juridictions successivement saisies, et parfois même soulevées d'office par les juges. « La question, dit-il, se pose donc de savoir si le litige est de la compétence du pouvoir judiciaire ; la réponse doit être négative dès qu'il *s'agit d'un acte d'autorité, échappant au contrôle des tribunaux* » (1).

Cette notion de l'acte d'autorité qui apparaît ainsi à l'improviste, sans que l'on puisse savoir d'où elle vient ni comment elle se justifie, ne se distingue pas encore très nettement, pour l'instant, dans la pensée de M. Errera, d'un autre concept beaucoup plus restreint, que la terminologie scientifique du droit administratif français en distingue soigneusement, et qui se défend d'ailleurs plus aisément, au point de vue rationnel, la notion de l'acte de gouvernement. Car, quelques lignes plus loin, l'auteur ajoute : « Une jurisprudence très nombreuse affirme la volonté de nos tribunaux de s'abstenir de toute immixtion en matière administrative. L'idée française de « l'acte de

(1) ERRERA, *Traité de droit public belge*, p. 252.

gouvernement », échappant au contrôle du pouvoir judiciaire, a pris chez nous toute l'extension que lui donnent des magistrats respectueux, peut-être à l'excès, de l'autonomie du pouvoir exécutif. Le domaine laissé à l'arbitraire gouvernemental est donc très vaste » (1). Nous n'arrivons pas à démêler ici si c'est simplement l'acte de gouvernement, ou si c'est tout acte d'autorité, qui échappe à la compétence indemnitaire des tribunaux. Les deux expressions semblent considérées comme synonymiques. Mais M. Errera, après avoir énuméré, dans ses commentaires sur l'article 107 de la Constitution, divers actes qui, d'après la jurisprudence, sont soustraits à l'appréciation de la légalité par les tribunaux, et qui rentrent tous dans la classe des actes de gouvernement (2), arrive enfin, en abordant la théorie de la responsabilité de l'administration, à l'étude de la distinction de l'acte de gestion et de l'acte d'autorité, à laquelle il consacre un paragraphe (§ 185).

Allons-nous enfin connaître l'origine légale et les titres de justification constitutionnelle de cette distinction ? Non. L'auteur donne une définition rapide de l'acte d'autorité et de l'acte de gestion ; énumère quelques exemples d'actes d'autorité ; montre combien cette dernière notion est fuyante et quelles variations elle a subies avec le temps dans l'application jurisprudentielle ; dénonce l'abus qui en a été fait en matière d'actions en responsabilité contre les administrations : « quand le déclinatoire de compétence est proposé, dit-il — et il l'est presque toujours — les juges sont enclins à l'admettre même s'il

(1) *L. c.*

(2) *L. c.*, p. 255-256.

s'agit des actes de gestion les mieux caractérisés » ; constate que l'extension donnée à la notion de l'acte d'autorité « est dangereuse pour les droits, et même pour les libertés individuelles, qui peuvent se trouver sacrifiés sans nécessité » ; et termine en signalant les tempéraments que la jurisprudence a dû apporter elle-même à une distinction qui, si on l'appliquait jusqu'au bout dans toute sa logique, créerait une très grande insécurité du droit individuel (1). Pas un mot n'est dit des fondements légaux ou des textes consécrateurs de cette division bipartite des actes administratifs. On la traite comme une donnée positive de la pratique judiciaire belge, donnée dont on constate, sans doute, les résultats souvent injustes et compromettants pour la libre activité de l'individu, mais dont on se garde bien d'entreprendre la critique juridique ou de vérifier la valeur constitutionnelle. Et pour cause.

165. Cette distinction, en effet, n'est pas seulement sans fondements dans la Constitution belge. Elle est en contradiction flagrante aussi bien avec sa lettre qu'avec son esprit. C'est en vain qu'on chercherait à la justifier en invoquant l'article 106 et la présence dans la Constitution d'une disposition réglant le conflit d'attributions entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. Car le système adopté par les constituants subordonne le contrôle judiciaire sur les actes administratifs à des restrictions assez nombreuses — défense d'apprécier les actes au point de vue de l'opportunité, défense de les annuler et d'en entraver directement l'exécution, défense de porter un jugement sur leur valeur en dehors du cas où ils sont en conflit avec les droits subjectifs d'un particulier et dans la

(1) *L. c.*, p. 266-270.

mesure où ils portent atteinte à ces droits — pour qu'il ne soit pas besoin, pour expliquer que le législateur de 1831 ait prévu l'éventualité d'empiétements possibles de la justice sur l'administration et de conflits d'attributions naissant de ce chef, de supposer l'existence d'une défense radicale de connaître à aucun point de vue des actes d'autorité, dont il n'y a pas trace par ailleurs dans les textes constitutionnels. Non seulement la Constitution n'a jamais prévu que l'intervention, qu'elle prescrit à l'autorité judiciaire d'exercer dans les rapports litigieux entre administrateurs et administrés, doive s'arrêter toutes les fois que les tribunaux se trouvent en présence de rapports qui se sont établis à l'occasion d'actes d'autorité; mais on peut même affirmer, sans aucune crainte de se tromper, que c'est précisément à l'encontre des dits actes d'autorité qu'elle a entendu organiser principalement cette intervention judiciaire protectrice du droit individuel. C'est ce qui résulte de l'article 107 qui invite les tribunaux à exercer leur contrôle de légalité — à l'occasion des réclamations portées devant eux par les titulaires de droits lésés — sur les « *règlements généraux, provinciaux et locaux* », c'est-à-dire sur celles des manifestations d'activité du pouvoir exécutif dont le caractère d'actes de puissance publique peut le moins prêter à contestation, et qui désigne l'ensemble des autres actes administratifs sous le nom générique d'*arrêts*, qualification qui s'applique avant tout et plus directement aux actes de commandement, et ne peut s'étendre qu'à titre accessoire, par une extension de sa signification normale et originaire, aux simples actes de gestion. C'est ce qui ressort aussi non moins clairement des termes mêmes des articles 92 et 93, dont la généralité prend une signification vraiment décisive quand on replace

ces articles dans le milieu historique où ils sont nés; quand on se rappelle qu'ils étaient destinés, dans la pensée de leurs rédacteurs, à empêcher le renouvellement des empiétements sur les droits et libertés individuelles qui s'étaient produits si fréquemment sous le régime napoléonien et sous le régime hollandais et qui, d'ordinaire, avaient été le résultat d'opérations administratives présentant à un degré éminent la nature d'actes d'autorité, les élévations de conflit telles qu'on les avait conçues et pratiquées sous la domination impériale et pendant les dernières années du gouvernement de Guillaume I^{er}.

166. En écartant le fonctionnement du mécanisme constitutionnel de protection judiciaire du droit individuel en ce qui concerne les actes d'autorité ou de puissance publique, la jurisprudence des tribunaux belges, loin de secondar l'action de ce mécanisme, y a donc introduit une pièce nouvelle qui tend à en ralentir notablement la marche et qui permettrait même aisément, si on voulait lui faire rendre toute la force de frottement et de résistance dont elle est susceptible, de bloquer le mécanisme et de le mettre définitivement hors d'état de fonctionner. Car la notion de l'acte d'autorité ou de l'acte accompli par l'Etat, en qualité de personne publique, est assez extensible pour que l'on puisse, avec quelque bonne volonté, y faire rentrer tous ceux des actes des administrations publiques dont le jeu arbitraire ou excessif est de nature à compromettre de façon réellement grave la sécurité et l'indépendance des droits individuels. C'est un auteur belge, le professeur Nys, qui le fait remarquer dans les termes suivants : « Est-il un seul acte de l'Etat moderne qui puisse être assimilé à l'acte d'un simple particulier et dans lequel

nul élément ne tende au but élevé de l'Etat? Peut-on contester que l'agrandissement de la sphère d'activité de l'Etat contemporain ait en vue, non pas le désir de posséder des biens ou de s'enrichir par des opérations habiles, mais la volonté d'augmenter le bien-être matériel ou moral de ses sujets » (1).

De ces constatations nous concluons qu'il serait de fort mauvaise méthode scientifique, quand on cherche à se rendre compte de la valeur respective du système français et du système belge de défense du droit individuel contre l'arbitraire administratif, de prétendre juger le second de ces systèmes sur les résultats qu'il donne à l'heure présente dans son pays d'origine, c'est-à-dire dans un milieu où la jurisprudence n'a jamais consenti à en faire l'essai loyal, où elle ne l'a appliqué qu'en rechignant et dans un esprit contraire à celui qui avait présidé à son institution. Nous en tirerons aussi cette conséquence que, si l'on veut éclairer par le rapprochement d'institutions étrangères vraiment similaires une jurisprudence, comme celle de nos tribunaux mixtes, qui a suivi, avec autant de sincérité que de conviction, les directions tracées dans le programme de protection judiciaire des droits subjectifs privés connu sous le nom de système belge, ce n'est pas dans la pratique judiciaire actuelle de la Belgique qu'il faut aller chercher les éléments de comparaison, mais bien dans les textes officiels de la Constitution de 1831. C'est d'ailleurs sous cette forme théorique et doctrinale que le système belge a fait de 1864 à 1875 le tour du monde latin. C'est au travers de cette image idéale, et non pas de l'exemplaire dégénéré et abâtardi qu'en offre la jurisprudence belge, qu'il s'est imposé notamment à l'attention du législateur italien de 1865.

(1) NYS, *Droit international*, Bruxelles, 1908, II, p. 291.

CHAPITRE II

La Loi italienne du 20 mars 1865

167. BIBLIOGRAPHIE. — VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, dans ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milan, 1901, p. 223-507. — ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, dans la même collection, III, p. 633-894, et *Garantigie della libertà*, dans *Biblioteca di scienze politiche* de Brunialti, V, p. 985 et suiv. — SANTI-ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, dans le *Trattato d'ORLANDO*, III, p. 1169 et suiv., et *Le giurisdizioni speciali amministrative*, même recueil, III, p. 611 et suiv. — DUBOIS, *Le contentieux administratif en Italie depuis la loi du 20 mars 1865*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, II, 1872-1873, p. 211-260. — MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 5^{me} édition, 1892, p. 75 et suiv. — BERTOLINI, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Rome, 1890, p. 209 et suiv. — LEPORINI, *Dei ricorsi alla sezione del Consiglio di Stato per l'eseguimento dei giudicati sugli atti amministrativi lesivi di diritti*, dans *Archivio di diritto pubblico*, I, p. 107 et suiv. — MORTARA, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, I, p. 40 et suiv. ; 149 et suiv. — PORRINI, *La giurisdizione amministrativa*, p. 14 et suiv. — LUCCHINI, *Questioni di diritto*, Florence, 1898. —

CLEMENTINI, *Della competenze e dei procedimenti speciali*, I, Turin, 1892, p. 100 et suiv.; 316 et suiv. — BERTETTI, *Il contenzioso amministrativo in Italia secondo la legge 20 marzo 1865*, Turin, 1865. — JACQUELIN, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, p. 299-327. — LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, I, p. 71 et suiv. — MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, p. 243 et suiv. — MANTELLINI, *Conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa*, Florencè, Barbera. 1871, I, p. 72-86; et *Lo Stato e il codice civile*, p. 306 et suiv. — SAREDO, *Limiti rispettivi delle attribuzioni delle autorità giudiziaria e amministrativa dans Legge*, année 1897. — TIEPOLO, *Giustizia amministrativa e decentramento*, Rome, 1892, p. 39 et suiv.

La loi italienne, par l'intermédiaire de laquelle le système belge a fait son apparition dans notre législation mixte et qui contient en quelque sorte un commentaire anticipé, très clair et très détaillé de l'article 11 du *R. O. J.*, s'encadre dans une sorte de code administratif connu dans la pratique — il ne s'agit pas là pourtant d'une dénomination officielle — sous le nom de loi d'unification administrative du royaume d'Italie et destiné à réaliser, avant la translation du siège du Gouvernement de Turin à Florence, une unité relative dans les institutions gouvernementales d'une nationalité de formation encore récente et née de l'agglomération d'Etats qui avaient été jusque-là régis par des organisations administratives fort diverses. Pour réaliser, avec la rapidité que les circonstances exigeaient, un large et ambitieux programme de constitution administrative d'ensemble du royaume, on avait dû, dans les derniers mois de l'année 1864, déroger aux méthodes ordinaires de travail législatif et recourir à

une procédure expéditive dont la constitutionnalité fit d'ailleurs l'objet de quelques critiques. Le Ministre de l'intérieur, M. Lanza, ayant, à la suite d'un vœu relatif à l'unification administrative émis par la Chambre des Députés, demandé l'autorisation de publier et de rendre exécutoires un certain nombre de projets de lois déjà arrivés à une élaboration parlementaire plus ou moins avancée, après y avoir apporté les retouches nécessaires soit pour les concilier et les coordonner, soit pour simplifier l'administration et la rendre moins onéreuse, la Chambre, désireuse de hâter la réalisation de la réforme administrative sans cependant se dessaisir complètement dans l'espèce de ses prérogatives constitutionnelles, avait désigné une Commission pour procéder, d'accord avec le Gouvernement, aux modifications indispensables pour fondre ces divers projets de lois en un corps de législation administrative cohérent et susceptible d'affronter immédiatement l'épreuve de l'application. Ce travail de mise au point fut accompli en quelques semaines et, par conséquent, sans laisser place à une revision bien approfondie des projets législatifs englobés dans cette œuvre de compilation. La discussion parlementaire, commencée le 28 janvier 1865, ne donna lieu qu'à quelques observations de portée générale, et les nécessités politiques de l'heure forcèrent successivement les deux Chambres à donner, en quelque sorte sans examen préalable, leur approbation à cet ensemble de projets qui devinrent la loi du 20 mars 1865 (N° 2248).

168. Cet important document est, en réalité, le résultat de la juxtaposition de six lois distinctes, d'ordre administratif, qui sont artificiellement réunies autour d'une loi com-

mune d'introduction dont l'article 1^{er}, indiquant le caractère général de l'ensemble de l'œuvre, porte : « Sont approuvées et auront vigueur dans tout le royaume les lois suivantes : loi sur l'administration communale et provinciale qui constitue l'annexe A ; loi sur la sûreté publique qui constitue l'annexe B ; loi sur la santé publique qui constitue l'annexe C ; loi sur le contentieux administratif qui constitue l'annexe E ; loi sur les travaux publics qui constitue l'annexe F ». Viennent ensuite quelques articles de la loi d'introduction relatifs à des questions d'intérêt très transitoire, puis le texte des six lois spéciales, dont quelques-unes sont très développées, telles, par exemple, la première et la dernière, qui contiennent respectivement 252 et 382 articles. C'est dans cet ensemble de textes fondamentaux du droit administratif italien que figure, sous la rubrique annexe E, le document législatif dont les dispositions maîtresses et réellement caractéristiques semblent avoir inspiré à notre législateur le dispositif de l'article 11 du *R. O. J.* Ce document porte officiellement le titre de loi sur le contentieux. La doctrine italienne l'appelle plus volontiers *loi d'abolition du contentieux administratif*, dénomination quelque peu trompeuse. Prise à la lettre, elle ferait croire que le législateur de 1865 a voulu supprimer radicalement la justice administrative, alors qu'en fait il a laissé subsister un assez grand nombre de juridictions spéciales administratives. Mais ce titre usuel rentre en correspondance rigoureuse avec la réalité si on lui apporte un complément nécessaire et si l'on prend soin de spécifier qu'il s'agit uniquement d'une abolition du contentieux administratif *normal ou général* (1).

(1) Cf. ORLANDO, *La giustizia amministrativa* dans son *Trattato*, III, p. 634. — VACCHELLI, dans le même volume du *Trattato*, p. 416.

SECTION I

Antécédents et Travaux préparatoires de la Réforme de 1865

169. En dépit de la rapidité du vote final, il ne faudrait pas croire que la loi italienne sur le contentieux administratif constitue l'une de ces mesures improvisées que l'on adopte si souvent, d'enthousiasme et sans grande réflexion, au lendemain des révolutions ou des transformations territoriales d'Etats. Elle constitue, en effet, de beaucoup la partie la plus étudiée et la plus mûrie de la loi sur l'unification administrative du royaume. L'un de ses principaux commentateurs, M. Vacchelli, a même pu dire, sans trop d'exagération, que la discussion qui l'a précédée compte parmi les plus importantes et les plus complètes auxquelles ait jamais été soumis projet de loi. Au moment où M. Lanza l'engloba dans sa compilation de textes administratifs, cette œuvre législative était déjà à peu près complètement arrivée au terme naturel de sa période d'élaboration. Votée après de longs et sérieux échanges de vues par la Chambre des Députés, elle avait subi l'examen du bureau central du Sénat et n'attendait plus que l'heure probablement prochaine de la discussion générale dans cette assemblée. Ce projet avait d'ailleurs été préparé par diverses ébauches législatives antérieures. Il y avait déjà près d'une quinzaine d'années que la question de l'abolition des tribunaux de contentieux

administratif s'était posée pour la première fois à l'ordre du jour du Parlement italien, ou plutôt de son prédécesseur le Parlement subalpin, et depuis lors elle n'en était jamais restée bien longtemps écartée. Nous avons constaté, d'ailleurs, dans notre livre II, que cette partie de la législation italienne de 1865 nous apparaît comme le point central d'un mouvement d'opinion publique, qui, pendant les années qui précèdent la Réforme judiciaire égyptienne, a entraîné plus ou moins activement dans sa marche tous les pays latins et toutes les législations dérivées du droit français, mais qui a pu aboutir en Italie à des résultats, relativement plus complets et surtout plus durables que chez les peuples occidentaux du même groupe, grâce à des conditions historiques exceptionnellement favorables.

170. L'introduction du système belge de défense judiciaire des droits des citoyens s'est produite en Italie sous l'action de causes fort similaires à celles qui, en 1831, en avaient provoqué le dégagement dans le droit constitutionnel de la Belgique. Le principe libéral politique a joué dans la réalisation et la consolidation de l'indépendance nationale le même rôle, d'ailleurs éphémère, en Italie qu'en Belgique. Il s'y est développé, au début de la seconde moitié du *xix*^e siècle, comme l'un des levains indispensables pour diffuser l'idée de l'unité nationale. Là aussi, pendant la période héroïque de constitution des assises gouvernementales et administratives de la nationalité nouvelle, le parti conservateur, même en possession de la direction des affaires, a dû se montrer un instant un parti libéral et donner des gages de son désir d'assurer la liberté civile et des garanties contre la pression et

l'arbitraire administratifs à ses adversaires aussi bien qu'à ses défenseurs. Les idées libérales, qui avaient pénétré dans le Piémont avec le mouvement général européen de 1848, et qui y avaient fortement agi sur la rédaction donnée au statut constitutionnel, y ont suivi une marche progressive et ont fait sentir une attraction de plus en plus sensible sur la législation postérieure. Comme l'observe fort judicieusement l'un des historiens de la loi de 1865 (1), la position prise par le Parlement subalpin, faisant les gestes d'un prédécesseur du Parlement italien, et le système d'annexion au Piémont, caractéristique du processus de formation de l'unité italienne, ont nécessairement maintenu une certaine communauté de traditions entre les divers corps législatifs et ont assuré la transmission au moins momentanée des tendances libérales du milieu piémontais dans le nouveau régime italien. Ce mouvement naturel de l'opinion publique et de la pratique législative a d'ailleurs été secondé par le travail scientifique et doctrinal du temps. Le rôle que les historiens de la Constitution belge assignent aux conceptions modernistes de Lamennais, dans le développement de l'accès de libéralisme que le catholicisme belge a subi au lendemain de la Révolution de 1830, trouve son équivalent dans l'influence exercée, pendant la période de préparation ou d'incubation de la réforme administrative de 1865, sur les dirigeants du parti conservateur piémontais et italien, par les idées du doctrinarisme libéral, telles qu'elles étaient notamment exposées en 1851 dans le *Cours de politique constitutionnelle* de Constant (2).

(1) VACCHELLI. *Op. cit.* dans le *Trattato* d'ORLANDO, III, p. 357.

(2) VACCHELLI, *l. c.*, p. 356.

La doctrine libérale trouvait aussi, à cette époque, une sorte de regain de force de conviction scientifique dans les conclusions des travaux consacrés par les écrivains de langue française à l'étude de la Constitution anglaise, et où l'on commençait à prendre conscience que, si les institutions politiques de la Grande-Bretagne apparaissaient alors comme l'idéal d'un régime de libertés publiques, elles le devaient, non pas tant à la façon dont elles organisaient la participation des citoyens à l'exercice des droits politiques qu'à leur souci traditionnel d'assurer le respect des droits civils des particuliers et de les garantir contre l'exercice arbitraire ou excessif des pouvoirs de police des gouvernants (1).

171. Le mouvement de libéralisme qui, sous l'action de ces diverses causes, s'est dessiné en Italie depuis 1848, s'est d'autant plus naturellement manifesté par des revendications en faveur de l'attribution à l'autorité judiciaire de la connaissance des litiges provoqués entre administrations et administrés par la lésion du droit individuel, que l'organisation de la justice administrative avait été jusque-là des plus défectueuses. Il ne faut pas oublier, en effet, que

(1) Cf. ORLANDO, *La giustizia amministrativa* dans son *Trattato*, III, p. 638, qui note, il est vrai, surtout cette dernière influence scientifique sur le mouvement législatif postérieur à 1865, et préliminaire de la Réforme de 1889 et 1890. Mais elle s'est fait sentir bien antérieurement, et, parmi les ouvrages français contemporains des travaux préparatoires de la Réforme italienne du contentieux administratif où elle s'affirme le mieux, il suffira de citer les travaux de LEFÈVRE-PONTALIS, *Du pouvoir judiciaire en Angleterre*, dans *Revue historique du droit français et étranger* II, 1856, p. 237-251 et III, 1857, p. 47-75; de DARESTE, *La justice administrative en France*, Paris, 1862, et de FRANQUEVILLE, *Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre*, Paris, 1864.

le système français du premier Empire, qui remettait au pouvoir exécutif le jugement du contentieux suscité par sa propre activité et lui réservait ainsi la faculté de jouer à la fois le rôle de juge et de partie dans les affaires où il était intéressé, avait pénétré à partir de 1805 dans l'Italie et avait fini par la régir presque tout entière jusqu'à 1814. Sans entrer dans l'analyse des méthodes variées et des combinaisons extrêmement nombreuses qui ont été appliquées au règlement des litiges administratifs dans les nombreux Etats entre lesquels s'est réparti le territoire de l'Italie à la suite de la disparition de la domination française, et renvoyant sur ce point à l'excellent exposé donné dans l'étude déjà souvent citée de M. Ernest Dubois (1), nous nous bornons à constater qu'avant la formation du royaume unitaire, dans la majeure partie des Etats italiens, régnaient des institutions plus ou moins directement imitées du régime du contentieux administratif tel que l'avait façonné le Gouvernement napoléonien; que les litiges entre l'Etat et les particuliers relativement aux droits lésés par des actes d'administration publique y étaient résolus, soit par l'administration active elle-même, soit par des assemblées ou des bureaux n'ayant de la juridiction que le nom et l'apparence, mais non pas la réalité, et n'offrant aux justiciables aucune des garanties d'indépendance et d'impartialité qui semblent inhérentes aux concepts mêmes de justice et de juridiction. La législation piémontaise, qui a constitué le point de départ et le premier fond de la législation italienne, n'était pas elle-même complètement à l'abri de cette critique. Sans doute le

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, II, p. 212-218.
Cf. aussi VACCHELLI, *l. c.*, p. 332-345.

système rigoureux de l'ancien droit, tel qu'il ressortait des lettres patentes du 12 mai 1796 et des règlements de 1723 et de 1730 (1), avait subi une série d'adoucissements, fort appréciables, par l'édit du 27 décembre 1822, les lettres patentes du 25 août et du 31 décembre 1841 et surtout par l'édit du 29 octobre 1847 (2). Grâce à ces retouches successives, la juridiction administrative du second degré avait été confiée à un organe faisant vraiment figure d'assemblée judiciaire, ses membres étant indépendants vis-à-vis du pouvoir exécutif, et même inamovibles, la Chambre des Comptes. Mais l'organisation des principales juridictions de première instance, les conseils d'intendance, laissait beaucoup plus à désirer et, surtout, les attributions confiées aux tribunaux administratifs s'étaient enflées au point d'empiéter même sur le terrain qui, dans la logique du système français du contentieux administratif, paraît nécessairement réservé à l'action des tribunaux de droit commun, celui du droit pénal et du droit civil (3).

172. Ainsi s'explique la forme sous laquelle s'est produite la première manifestation qu'on rencontre dans le domaine législatif du mouvement de réaction contre la juridiction administrative; le projet de réorganisation provinciale et communale présenté, le 2 décembre 1850, par le Ministre de l'Intérieur, M. Galvagno, à la Chambre

(1) CLEMENTINI, *Della competenza e dei procedimenti speciali*, I, Turin, 1892, p. 100 et suiv.

(2) BERTETTI, *Il contenzioso amministrativo in Italia secondo la legge 20 marzo 1865*, Turin, 1865, p. 76 et suiv.

(3) VACCHELLI, *l. c.*, p. 344 et suiv. — DUBOIS, *l. c.*, p. 219.

subalpine (1), où figure un article 15 ainsi conçu : « La juridiction relative au contentieux administratif, tant en matière civile qu'en matière pénale, rentre dans les attributions des tribunaux ordinaires ». L'idée, ainsi mise en circulation par M. Galvagno, trouva accueil près de la Commission parlementaire chargée d'examiner ses propositions et qui, à son tour, élaborait un projet plus développé que l'on trouvera reproduit et commenté dans le rapport rédigé au nom de la Commission par M. Buoncompagni (2), et où est formulée pour la première fois avec précision la distinction entre les droits et les intérêts qui, soit dans les travaux préparatoires, soit dans les commentaires de la loi de 1865, sert d'ordinaire d'instrument théorique de délimitation entre les cercles d'action respectifs de l'administration active et de l'autorité judiciaire. Après avoir posé en principe qu'un recours est toujours ouvert aux intéressés, pendant trente jours, contre les décisions de l'intendant, le projet exposé dans le rapport Buoncompagni ajoute en effet : « Article 242 : s'il s'agit de la violation de *droits* concernant les personnes, la propriété, les obligations dérivant de contrats, le recours sera porté aux tribunaux ordinaires. Article 243 : s'il s'agit de la violation de tout autre *intérêt* individuel ou collectif, le recours devra se faire au Roi par l'intermédiaire du Ministre de l'Intérieur » (3). Le projet de la Commission vint bien en discussion devant la Chambre dans la séance du 12 mai 1851. Mais son examen se trouva immédiatement

(1) *Atti parlamentari*. — Camera, édition in-folio, 1850-1852, p. 49.

(2) *Atti parlamentari*. — Camera, Legislatura IV. Sessione 1850-1852. N° 7. A. B. C.

(3) Cf. DUBOIS. *l. c.*, p. 220.

interrompu par les événements politiques qui détournèrent l'attention sur des questions plus urgentes (1).

173. Après ce premier essai — non suivi de résultat — de réalisation de l'unité de juridiction en matière de défense des droits, nous assistons à un retour offensif de la tendance opposée à maintenir les tribunaux de contentieux administratif, sauf à en améliorer les conditions de fonctionnement. C'est à cette direction qu'obéit le projet présenté à la Chambre subalpine par le Ministre de l'intérieur, Urbano Rattazzi, d'abord, dans une première édition, le 5 mai 1854 (2), puis, le 9 janvier 1857 (3) dans une seconde version, qui fut soumise aux discussions de la Chambre dans les séances du 8 au 12 juin 1857 (4). Ces deux projets admettaient comme point de départ commun que le juge normalement compétent pour connaître des contestations entre particuliers et administrations était le tribunal administratif et se contentaient d'énumérer les causes dont la connaissance était exceptionnellement réservée, soit à l'administration active, soit aux tribunaux judiciaires. C'est ainsi que l'article 1^{er} du second projet, adopté par les députés en juin 1857, disait : « cessent d'appartenir à la compétence des tribunaux de contentieux administratif » et faisait suivre ce membre de phrase de portée générale de l'énumération d'une série de cas

(1) C'est à tort que M. Vacchelli indique ce projet comme n'étant pas entré en discussion au Parlement, au moins pour la partie concernant le contentieux administratif.

(2) *Atti parlamentari*, 1854, p. 733.

(3) *Atti parlamentari*, 1857, p. 15. Cf. sur ce projet le rapport Tegas du 30 avril 1857. *Atti parlamentari*, p. 910.

(4) Voir ces discussions à leur date dans *Atti parlamentari*.

jusque-là déferés aux tribunaux administratifs, mais dont la connaissance devrait leur être soustraite dans l'avenir (1). Ces projets qui, tout en restant fidèles à la conception ancienne, avaient au moins le mérite de fournir une ligne de démarcation précise entre la compétence administrative et la compétence judiciaire, n'arrivèrent ni l'un ni l'autre à la réalisation. La période des *pleins pouvoirs* fournit à M. Rattazzi le moyen de formuler plus rapidement et plus complètement en textes législatifs ses vues personnelles sur l'organisation du contentieux administratif. Il s'empessa de publier le décret-loi du 30 octobre 1859 qui, grâce à la procédure suivie pour la formation de l'unité italienne, était devenu, à la veille de la loi du 20 mars 1865, le régime général de la plus grande partie de l'Italie.

174. Ce décret-loi de 1859, qui reproduit dans ses grandes lignes le « système français », constituait au point de vue théorique, par rapport aux deux projets qui l'avaient précédé, un progrès relatif dans le sens du développement de la juridiction civile. Car, après avoir énuméré, dans ses articles 2 à 8, un grand nombre de matières qu'il réservait aux tribunaux administratifs, il indiquait, dans son article 9, par des formules abstraites, les catégories générales de litiges dont il entendait laisser la solution aux tribunaux judiciaires même dans les rapports entre administrations et administrés. Il mettait donc les deux juridictions civile et administrative sur le même plan; il les considérait également comme des juridictions normales et ne faisait plus descendre la première au rang de juridic-

(1) VACCHELLI, *l. c.*, p. 358-359.

tion d'exception en matière administrative. Mais au point de vue pratique, le régime qu'il établissait était encore insuffisamment protecteur des droits individuels. Sans doute, il ouvrait avec une assez grande largeur aux titulaires de droits lésés l'action des tribunaux administratifs; mais il ne leur garantissait point assez que les membres de ces tribunaux apporteraient dans l'exercice de leur mission judiciaire une mentalité de juges. En substituant comme juge d'appel administratif à la Chambre des Comptes le Conseil d'Etat, dont le personnel n'avait pas, comme celui de sa devancière, la protection de l'immovibilité, il aggravait et généralisait le défaut, que présentaient déjà antérieurement une partie de ces juridictions administratives, d'être trop sensibles aux directions de l'administration active. Par la dépendance gouvernementale trop étroite qu'elle faisait peser sur les juges administratifs, cette loi du 30 octobre 1859 a achevé d'implanter dans l'opinion publique du temps la conviction que la justice administrative était, par les lois mêmes de sa constitution, inapte à protéger efficacement les droits des particuliers envers l'Etat (1).

175. La proclamation de l'unité italienne donna un véritable coup de fouet au courant d'idées libérales qui, voyant dans la séparation des pouvoirs une séparation des fonctions en même temps qu'une séparation des organes,

(1) Le régime introduit par la loi du 30 octobre 1859, à la faveur de pouvoirs dictatoriaux, n'avait pas d'ailleurs été accepté favorablement par l'opinion parlementaire. Car la question de la suppression de la justice administrative, reprise par la Commission temporaire de législation instituée par la loi du 24 janvier 1860, y avait été tranchée, après attentive discussion, dans le sens de l'affirmative, par 17 voix contre 6. Cf. DUBOIS, *l. c.*, p. 223.

cherchait à opérer la monopolisation de toutes les attributions d'ordre spécifiquement juridictionnel au profit de l'autorité judiciaire. Dès le 27 avril 1861, le nouveau Ministre de l'intérieur, M. Minghetti, déposait un projet de loi qui aboutissait pratiquement à restituer aux tribunaux ordinaires toutes les matières de véritable juridiction qui jusque-là avaient été dévolues aux tribunaux de contentieux administratif. Le projet Minghetti ne procédait pas, il est vrai, à cette restitution par la voie d'une formule générale. Il se contentait d'énumérer les matières qui devraient désormais rentrer dans le contentieux judiciaire. Mais l'énumération était singulièrement compréhensive. L'article 2, en effet, attribuait à l'autorité judiciaire : 1° les causes contraventionnelles; 2° les questions civiles relatives aux impôts indirects et aussi aux impôts directs, à partir de la publication des rôles, et sauf les questions d'estimation cadastrale et de répartition des quotes; 3° les contestations relatives aux contrats de tous genres passés avec les administrations publiques, sauf la faculté de convenir dans les contrats de travaux publics ou de soumissions que les différends qui en surgiraient seraient soumis à des arbitres; 4° tous les genres de contestations où serait intéressée l'administration publique, s'il s'agissait de questions de droit de propriété ou de droits inhérents à la propriété, d'état des personnes et de tout droit privé quelconque ayant son fondement dans les lois civiles. L'auteur du projet n'avait laissé en dehors de ces quatre catégories que ce qui lui paraissait insusceptible de pouvoir fonder un droit des citoyens à l'encontre de l'administration publique et, pour cette raison, devait être laissé à l'appréciation de l'administration active. Pour éviter que cette large compétence accordée à l'autorité judiciaire lui

permette de s'ingérer dans l'administration et d'en paralyser l'action, le projet Minghetti organisait des précautions qui ont fourni le premier germe d'une des dispositions les plus importantes de la loi du 20 mars 1865, d'une de celles qui présentent le plus d'utilité pour la compréhension de l'article 11 du *R. O. J.*

L'article 8 de ce projet disposait : « Quand, dans les cas compris dans la disposition du n° 3 de l'article 2, le point de la contestation sera entre un acte de l'administration et un droit que l'on prétend lésé, le tribunal devra se borner à déclarer les conséquences juridiques du dit acte, sans que celui-ci puisse être révoqué ou modifié autrement qu'en recourant ensuite à la voie administrative. Même, tandis que le jugement est pendant, l'autorité administrative pourra, en cas d'urgence et par décret motivé, ordonner l'exécution de l'acte sur les conséquences duquel on discute, sans préjudice de celles-ci. » Le projet Minghetti achevait enfin de tempérer les inconvénients que risquait de présenter, au point de vue de la rapidité et de la régularité du fonctionnement des services administratifs, le contrôle donné à la justice pour la défense des droits individuels, en réservant à l'administration certaines facultés que nous retrouverons dans la loi de 1865, et notamment celles que l'on groupe sous la formule *solve et repete* (1).

La Commission nommée par la Chambre des Députés, pour examiner les propositions du Ministre, les corrigea sur plusieurs points, notamment en substituant à l'énumération faite par l'article 2 des matières restituées à la

(1) Cf. *Atti parlamentari*, 1861, édition in-folio, p. 356 et s. — *Camera Deputati*, doc. sess. 1861-62, stamp. n° 46.

connaissance des tribunaux ordinaires, une règle générale déférant à l'autorité judiciaire les questions qui étaient antérieurement décidées par les tribunaux du contentieux administratif et en la faisant suivre de l'indication de 12 groupes de matières qui, par dérogation à cette règle, seraient laissées à la connaissance de l'autorité administrative. Sur d'autres points encore, elle apporta des corrections intéressantes au programme ministériel et aboutit à un contre-projet, s'inspirant du même esprit que les propositions de M. Minghetti, mais ayant cependant son originalité propre (1).

176. La réapparition aux affaires, dans le courant de l'année 1862, de l'ardent défenseur de la conception française qu'avait toujours été M. Rattazzi, entraîna un nouveau, mais très éphémère changement de direction dans l'orientation de la politique administrative italienne. Le 18 novembre 1861, M. Rattazzi présentait un projet de loi qui tendait à sauver la juridiction administrative en y apportant les réfections et améliorations nécessaires. Ce projet prévoyait l'institution d'une Cour suprême du contentieux administratif qui jugerait les appels introduits contre les décisions des tribunaux administratifs des diverses régions et connaîtrait en première et unique instance d'un certain nombre d'affaires, sous réserve de certaines voies de recours exceptionnelles contre ces sentences soit devant les sections réunies de la Cour, soit devant le Conseil d'Etat (2). Mais ce projet était insuffisamment élaboré dans les détails, et surtout il ne faisait pas disparaître, même

(1) Cf. Rapport Panattoni du 8 avril 1862. — *Atti parlamentari*, 1862, p. 2349.

(2) *Camera Deputati*, doc. sess. 1861-1862.

dans l'organisation donnée à la nouvelle Cour, la plus grave des critiques dirigées contre la juridiction administrative, celle qui était tirée du défaut d'indépendance des juges. Il ne trouva pas grâce devant le Parlement, et après la chute du ministère Rattazzi, ce furent les tendances opposées qui triomphèrent définitivement.

177. Le 29 mai 1863, le ministère Peruzzi reprit le projet Minghetti en lui apportant seulement un petit nombre de modifications sur les points où s'étaient produites des divergences entre le ministère de 1861 et la Commission chargée d'examiner ses propositions. La nouvelle Commission instituée par la Chambre des Députés pour discuter et mettre au point le projet Peruzzi eut, par ses travaux fort approfondis, une influence particulièrement décisive sur l'élaboration définitive de la réforme du contentieux administratif. D'accord avec le ministère sur le but général à atteindre : suppression en principe de la juridiction administrative et maintien seulement à titre exceptionnel de quelques tribunaux administratifs à compétence très spéciale et essentiellement limitée, elle se sépara de lui sur bien des points pour la réalisation technique de ce programme. Elle se préoccupa notamment d'éviter que la méthode employée pour fixer les matières réservées, d'une part à la compétence de l'autorité administrative, de l'autre à la compétence de l'autorité judiciaire, pussent paraître impliquer, soit la prééminence d'une des autorités sur l'autre, soit la possibilité de confusions et de rencontres entre leurs fonctions, administrer et juger ; de mettre officiellement à la base de la législation abolitive du contentieux administratif normal, en la faisant ressortir avec plus de netteté que dans le projet Peruzzi, la distinc-

tion entre les simples intérêts individuels, laissés à la garde de l'administration active, et les droits subjectifs des citoyens, placés sous la tutelle des tribunaux; de renforcer enfin les précautions prises pour empêcher que l'intervention de l'autorité judiciaire pût jamais dégénérer en immixtion dans l'administration active (1).

178. Le projet de la seconde Commission, examiné par la Chambre des Députés, pendant les séances des 9 au 22 juin 1864, y fit l'objet d'une discussion très approfondie, dans laquelle un rôle prépondérant a été joué par M. Mancini, qui, après avoir été le principal défenseur du projet italien de 1864, devait être, quelques années plus tard, le premier interprète de l'article 11 de notre R. O. J. Combattu par MM. Cordova, Crispi, Ferraris, Rattazzi, critiqué dans quelques-uns de ses détails par MM. Soldi, Borgia, Corteze, le projet fut soutenu avec énergie par MM. Mancini, Buoncompagni, Peruzzi, Mosca, Borgatti. La Commission dut lutter contre un certain nombre de contre-projets et d'amendements (2), mais le poids principal de la discussion porta surtout sur la distinction du droit et de l'intérêt, qui formait la clef de voûte de la partie technique de l'œuvre de la Commission. Celle-ci, revenant à la méthode du projet de 1851, repoussait toute classification, soit des affaires restituées aux tribunaux (méthode des projets ministériels de 1861 et 1863), soit des affaires

(1) Rapport Borgatti du 9 mai 1864. — *Atti parlamentari*, édition in-folio, 1864. p. 2459. — *Camera deputati*, sess. 1862-1864, stamp. n° 9. — Cf. pour l'analyse du rapport : VACCHELLI, *l. c.*, p. 363-365.

(2) On trouvera l'analyse des principaux contre-projets dans DUBOIS, article précité du *Bulletin de la Société de législation comparée*, II. p. 225-229.

réservées à l'administration (méthode de la Commission de 1862) qui pût aboutir à établir une sorte de hiérarchie entre la compétence judiciaire et la compétence administrative, en présentant l'une d'elle comme la règle et l'autre comme l'exception. Elle demandait qu'on posât au fronton de la loi ce principe que chacune des autorités se meut librement dans son domaine propre d'activité, l'autorité administrative dans le cercle de la gestion des intérêts, l'autorité judiciaire dans celui de la défense des droits. Malgré la vivacité des attaques dont elle fut l'objet, cette conception prévalut finalement et resta à la base du projet voté par la Chambre le 22 juin 1864.

179. Ce projet, immédiatement transmis au Sénat, n'y fut pas l'objet d'aussi longues discussions que dans l'autre assemblée. On y émit cependant des doutes sur la valeur pratique de la méthode employée par la Commission de la Chambre pour définir les matières soumises, soit à la compétence judiciaire, soit à la compétence administrative. Le bureau central du Sénat fut d'avis notamment d'abandonner la base de distinction tirée de l'opposition, trop imprécise et trop flottante, entre les droits et l'intérêt et d'établir la compétence judiciaire pour les droits politiques et civils en reconnaissant d'une manière générale la compétence administrative pour tous les autres objets (1). Le projet n'arriva pas, sous sa forme primitive et autonome, à la discussion définitive devant le Sénat. Il se trouva englobé, à partir du 24 novembre 1864, dans la procédure expéditive du projet de loi sur l'unification

(1) Rapport Vacca au nom du bureau central du Sénat. *Atti parlamentari, Senato* (édition in folio, p. 107-109), sess. 1863-64. Stamp. 111 et 111 bis.

administrative. Cependant, sous cette nouvelle forme, il fut encore l'objet, de la part de la Commission de la Chambre, de quelques modifications généralement suggérées par les observations du bureau central du Sénat (1).

Après ces retouches de détail, le projet fut approuvé dans l'ensemble par les deux Chambres du Parlement en même temps que le reste de la loi d'unification.

(1) Rapport Restelli, sur le projet Lanza, du 11 janvier 1865. *Atti parlamentari*, p. 4358.

SECTION II

Les traits caractéristiques de la législation de 1865

180. On trouvera, dans la monographie précitée de M. Ernest Dubois (1), une traduction intégrale de l'annexe E de la loi du 20 mars 1865 sur l'unification administrative. Nous ne reproduisons de cette loi sur le contentieux administratif que ceux des articles qui offrent, à un degré quelconque, un intérêt de comparaison par rapport à l'article 11 du R. O. J. ou aux solutions jurisprudentielles qui en sont issues.

« Article premier. — Les tribunaux spéciaux actuellement investis de la juridiction du contentieux administratif, tant en matière civile qu'en matière pénale, sont abolis, et les contestations à eux attribuées par les diverses lois en vigueur seront désormais dévolues à *la juridiction ordinaire ou à l'autorité administrative*, selon les règles établies par la présente loi.

« Art. 2. — Sont déférées à la juridiction ordinaire tous les procès pour contraventions et toutes les matières dans lesquelles est mis en question *un droit civil ou politique, de quelque façon que puisse être intéressée l'administration publique* et nonobstant les mesures prises à ce sujet par le pouvoir exécutif ou l'autorité administrative.

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, II, 1872-73, p. 229-232.

« Art. 3. — *Les affaires non comprises dans l'article précédent* seront attribuées aux autorités administratives, lesquelles, sur les moyens et observations par écrit des parties intéressées, pourvoiront par décrets motivés, après avis des conseils administratifs établis par la loi pour les divers cas.

« Contre ces décrets, qui seront au bas de l'avis également motivé, est admis le recours par voie hiérarchique conformément aux lois administratives.

« Art. 4. — Quand la contestation porte *sur un droit que l'on prétend lésé par un acte de l'autorité administrative*, les tribunaux se borneront à *connaître des effets de cet acte par rapport à l'objet du procès*.

« L'acte administratif *ne pourra être révoqué ou modifié* que sur le recours aux autorités administratives compétentes, lesquelles *se conformeront au jugement porté en l'espèce par les tribunaux*.

« Art. 5. — Dans ce dernier cas comme dans tout autre, les autorités judiciaires appliqueront les actes administratifs et les règlements généraux et locaux, en tant *qu'ils seront conformes aux lois*.

« Art. 6. — Sont exclues de la compétence des autorités judiciaires les questions relatives à l'estimation cadastrale et à la répartition de quotes, ainsi que toutes autres concernant les impôts directs tant que n'a pas eu lieu la publication des rôles.

« Dans tous les procès sur les impôts, les actes d'opposition, pour être recevables en justice, devront être accompagnés du certificat de paiement de l'impôt, excepté dans le cas où il s'agit de demandes de supplément.

« Dans les procès en matière d'impôts, tant directs qu'indirects, la juridiction ordinaire sera toujours exercée en première instance par les tribunaux d'arrondissement et en seconde par les Cours d'Appel.

« Art. 7. — Dans les cas de *grave nécessité publique* où l'autorité administrative doit sans retard disposer de la propriété privée, ou, pendant une instance, procéder, pour la même raison, à l'exécution de l'acte dont les conséquences juridiques sont en question, elle pourvoira par décret motivé, et toujours sans préjudice du droit des parties.

« Art. 8. — Dans les procès sur contrats de travaux ou de fournitures, faculté est réservée à l'administration de pourvoir même à son propre compte, pendant l'instance, aux travaux et fournitures, en déclarant l'urgence par décret motivé, sans préjudice des droits des parties.

« Art. 9. — Le prix des contrats en cours d'exécution ne pourra être l'objet d'aucune saisie ni cession sans l'adhésion de l'administration intéressée. »

Les articles 10 et 11 visent de simples questions de procédure.

« Art. 12. — Il n'est rien innové par la présente loi relativement à la juridiction de la Cour des Comptes et du Conseil d'Etat en matière de comptabilité et de pensions, ni aux attributions contentieuses d'autres corps ou collèges, dérivant de lois spéciales, et différentes de celles qu'exerçaient les juges ordinaires du contentieux administratif. »

« Art. 13. — *Jusqu'à ce que des mesures ultérieures soient prises* pour la solution uniforme des conflits entre

les autorités judiciaires et administratives, la loi du 20 novembre 1859, n° 3780, sera étendue à toutes les provinces du royaume, demeurant maintenue la juridiction sur les conflits attribuée au Conseil d'Etat par l'article 10 de la loi sur sa constitution ».

Les articles 14 à 16 ne réglementent que des questions d'ordre transitoire.

181. Laissons de côté les dispositions qui constituent dans cette loi l'élément de particularisme national, qui apparaissent ouvertement comme des dérogations à l'idée générale qu'elle met en œuvre, et qui, représentant des accrocs apportés dans une pensée d'opportunisme local à la logique du système de défense judiciaire des droits individuels connu dans la science comparative sous le nom de système belge, ne sauraient évidemment rentrer dans la définition ou la description des traits spécifiques de ce système. Tel est, notamment, le cas de l'article 12 qui limite l'abolition de principe, prononcée à l'encontre des tribunaux de contentieux administratif par l'article 1, à ceux-là seulement de ces tribunaux qui avaient exercé antérieurement une juridiction contentieuse générale, et en vertu duquel a pu subsister, sous le régime de la loi de 1865, par application soit de cette loi elle-même, soit de lois antérieures, soit de lois postérieures, une série de tribunaux administratifs à juridiction limitée et spécialisée. La liste de ces juridictions et le tableau des matières qui leur étaient réservées ont été dressés fort consciencieusement par M. Dubois dans la communication faite en 1873 à la Société de législation comparée. Inutile de les reprendre. D'autre part, le législateur de 1865 a limité, en fait, l'efficacité pratique de la méthode de garantie,

qu'il organise au profit des droits individuels, par la réaction possible de certaines prérogatives exorbitantes du droit commun qu'il a cru devoir réserver, dans l'intérêt de la bonne marche des services publics, aux administrations que leur activité fait entrer en conflits de droits avec les particuliers, prérogatives énumérées soit dans l'article 6, § 2, qui consacre, dans le domaine fiscal, la règle bien connue que résume l'adage *solve et repete*, soit les articles 7 et 9 dont la formule est assez claire pour se passer de commentaires. Enfin les règles libérales de la loi de 1865 ont subi encore d'autres limitations de fait en se fondant dans le système général de la législation italienne, qui est restée fidèle, en ce qui concerne la réglementation des poursuites dirigées par les particuliers contre les fonctionnaires publics, à la vieille théorie française de la garantie administrative. C'est là une des infidélités les plus marquées que le réformateur italien de 1865 ait faites à l'idéal supérieur tracé dans la Constitution belge. L'action judiciaire, conférée par l'article 2 au titulaire de tout droit lésé par un acte d'administration, se trouve, en réalité, supprimée quand l'offense au droit émane d'un Ministre, par suite de la compétence exclusive attribuée à la Chambre des Députés (1); et elle est subordonnée à une autorisation d'agir, émise par décret royal, le Conseil d'Etat entendu, quand l'acte incriminé provient d'un préfet, d'un sous-préfet ou d'un syndic par exemple (2). Il est clair qu'il s'agit là d'imperfections qui ne tiennent pas à la nature même du système auquel le réformateur italien a donné son adhésion en 1865, mais

(1) *Statuto*, art. 47.

(2) Art. 8 de la loi communale et provinciale, annexe A de la loi du 20 mars 1865; cf. VACCHELLI, *l. c.*, p. 365-366.

uniquement à un défaut d'esprit de suite et de logique dans la mise en œuvre de ce système et qui, en tous cas, ne sauraient se produire chez nous, puisque les auteurs de la Réforme judiciaire sont tombés d'accord — nous l'avons constaté antérieurement — sur la nécessité de laisser sous l'empire du droit commun les actions en responsabilité civile ou pénale dirigées contre les fonctionnaires.

182. Ces éléments superficiels de particularisme, ces traits accessoires de couleur locale écartés, l'annexe E de la loi du 20 mars 1865 n'apparaît plus que comme une reproduction, fidèle dans les grandes lignes, mais remaniée et développée dans les détails, du système de la Constitution belge de 1831. Nous ne l'envisagerons que sous cet aspect général, au travers de celles de ses dispositions qui ont une valeur d'échange internationale et qui, à ce titre, ont exercé une influence décisive sur l'élaboration de la législation donnée à l'Égypte par les actes internationaux de 1874 et de 1875.

PARAGRAPHE I

La Distinction des Droits et des Intérêts

183. Les commentateurs italiens et les écrivains français qui ont étudié cette partie de la législation italienne s'accordent unanimement à affirmer que tout l'édifice technique de la loi de 1865 sur le contentieux administratif repose sur la distinction des intérêts, dont la coordination et la conciliation forment la sphère propre

d'activité de l'administration, et des droits proprement dits, dont l'autorité judiciaire est chargée d'assurer la défense et l'équilibre (1). Et il y a une large part de vérité dans cette opinion courante, passée en quelque sorte en article de foi dans la science italienne, mais que l'on présente d'ordinaire sous une forme trop tranchante et trop arrêtée. L'analyse des travaux préparatoires nous a montré que cette opposition des droits et des intérêts a réellement joué un rôle prédominant dans les travaux préparatoires de la Réforme de 1865; qu'elle était déjà à la base du programme du ministre Galvagno en 1850; qu'elle a tenu encore plus franchement le rôle de premier plan dans le projet établi en 1864 par la Commission chargée d'examiner la proposition Peruzzi et que, après avoir résisté victorieusement, dans les séances de la Chambre des Députés, à l'assaut des défenseurs de la juridiction administrative, elle s'est maintenue dans le texte voté à la suite de ces discussions le 22 juin 1864. Mais nous avons également constaté que, sur ce point, la rédaction arrêtée par la Chambre des Députés avait soulevé des objections de la part du bureau central du Sénat et que ces objections avaient été prises en considération par la Commission parlementaire qui, à la fin de 1864 et au début de 1865, procéda, d'accord avec le ministre Lanza, à la mise au point des documents destinés à former la loi d'unification administrative. Il en est résulté à la dernière heure une retouche dans la rédaction technique de la loi. Alors que, dans la version adoptée par la Commission de 1863-1864,

(1) DUBOIS, *l. c.*, p. 226-232. — JACQUELIN, *l. c.*, p. 309. — VACCHELLI, *La Difesa giurisdizionale dei diritti*, p. 363-366; 415-416. — ORLANDO, *La giustizia amministrativa* dans son *Trattato*, III, p. 644.

l'article 3 portait : « La connaissance des recours *contre les actes de pure administration, regardant les intérêts individuels ou collectifs des administrés*, appartient exclusivement aux autorités administratives... », le texte définitif de cet article dit : « *Les affaires non comprises dans l'article précédent* (c'est-à-dire autres que les procès pour contraventions et les matières qui mettent en jeu un droit civil ou politique) seront attribuées aux autorités administratives... » Cette différence intentionnelle de formule est caractéristique. Elle atteste que, finalement, le législateur de 1865 s'est décidé à ne pas consacrer officiellement la distinction des droits et des intérêts comme critère légal de la délimitation entre les cercles respectifs d'activité des autorités judiciaire et administrative. Cela n'implique pas d'ailleurs qu'il ait entendu dénier à cette opposition entre droit et intérêt l'aptitude à expliquer théoriquement et philosophiquement les dispositions d'ordre matériel et pratique auxquelles il s'est arrêté à la dernière heure. Cela n'empêche pas, non plus, que la distinction en question n'ait constitué, en fait, l'une des idées directrices autour desquelles s'est concentré le débat entre partisans et adversaires de la substitution de la juridiction civile à la juridiction administrative pendant les phases vraiment actives et réfléchies d'élaboration de la réforme du contentieux administratif. C'est à ce titre qu'on peut dire qu'elle constitue le principal fondement de la loi du 20 mars 1865. Mais elle n'y a que la valeur d'une explication doctrinale, et non pas d'une règle formelle de droit positif.

184. On comprend vraiment très bien les scrupules des derniers rédacteurs de la loi de 1865. Car la distinction

des droits et des intérêts est beaucoup trop imprécise, et surtout trop variable dans sa consistance, pour pouvoir fournir aux juges autre chose qu'une ligne de conduite générale, qu'une direction, plutôt morale qu'impérative, dans la détermination des limites de leur compétence. Aussi s'explique-t-on aisément que les interprètes de la législation italienne n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la signification effective de cette distinction du droit et de l'intérêt, qu'ils sous-entendent dans la loi de 1865, et qu'ils s'obstinent à présenter comme le fil conducteur auquel le législateur a voulu rattacher toutes ses dispositions.

L'opinion, de beaucoup la plus répandue déclare distinguer le droit du simple intérêt à ce fait qu'il est muni d'action. Bien entendu cette expression n'est employée que dans un but de brièveté. Il y a bien d'autres moyens de protection judiciaire du droit que l'action : l'exception par exemple. Sous ce nom générique d'action, on entend désigner tout l'ensemble des instruments de défense judiciaire du droit. L'intérêt, c'est donc l'utilité qui n'est pas munie de la protection judiciaire. Cette utilité sort du rang commun des simples intérêts pour s'élever à la dignité de droit dès que la défense en est assurée par les voies judiciaires (1). Il ne nous paraît pas douteux que cette première opinion soit celle qui se rapproche le plus des idées qui ont présidé à la rédaction de la loi de 1865. Il ne faut pas oublier, en effet — cela est trop perdu de vue par certains auteurs, comme M. Vacchelli — que la préoccupation des jurisconsultes et des hommes d'Etat qui,

(1) Cf. GIORGI., *Delle persone giuridiche*, III, 239 et s. et les auteurs cités par lui.

dans les travaux préparatoires de la loi, ont mis en avant l'opposition du droit et de l'intérêt, était d'arriver, par le moyen de cette opposition à définir les limites de la compétence judiciaire, non pas tant par rapport à la juridiction administrative, qu'ils voulaient abolir en principe et dont les vestiges maintenus dans l'article 12 n'attiraient guère leur attention, que par rapport à la compétence de l'administration active. Tel était le rôle que jouait la distinction du droit et de l'intérêt, soit dans les articles 242 et 243 du projet annexé au rapport Buoncompagni en 1851, soit dans les articles 2 et 3 du projet de la seconde Commission de la Chambre des Députés, rapporté en 1864 par M. Borgatti. Dans ce dernier notamment, l'autorité judiciaire, protectrice des droits était opposée aux autorités administratives — et non pas aux juridictions administratives — envisagées comme tutrices des simples intérêts. Dans la pensée des auteurs des projets préliminaires à la loi de 1865, il y avait donc parfaite concordance entre la notion de droit individuel et la notion de protection par la voie judiciaire.

185. Mais sa conformité certaine avec l'esprit de la loi de 1865 n'a pas mis cette première interprétation à l'abri de la discussion. Elle a été attaquée notamment, avec quelque vivacité, par un auteur dont nous avons souvent suivi les conclusions, mais que nous ne sommes nullement tenté de suivre sur ce point, M. Vacchelli. Car quelques-unes de ses critiques portent manifestement à faux. Telle, celle qu'il croit pouvoir tirer de l'inaptitude de cette distinction formelle du droit et de l'intérêt à expliquer un état de choses que le législateur de 1865 n'a pu prévoir, et qui a été le résultat de réformes réalisées en 1889 et en 1890 : la création

d'actions judiciaires devant le Conseil d'Etat que les lois d'organisation de cette juridiction consacrent à la défense de situations auxquelles elles appliquent elles-mêmes la qualification d'intérêts; ou encore celle que lui inspire la constatation de l'impuissance de l'interprétation prédominante à fournir une délimitation de frontières entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative, délimitation dont le besoin ne s'est fait réellement sentir qu'à partir de 1889, et à laquelle n'ont pas songé les auteurs de la loi de 1865 pour cette excellente raison que, continuant à suivre ici leur modèle ordinaire, la Constitution belge, ils paraissent avoir considéré les réserves faites dans l'article 12 au profit de quelques juridictions administratives spéciales comme des exceptions au principe — posé dans l'article 2 — que la connaissance des atteintes, portées aux droits civils et politiques par des actes administratifs, est le monopole de l'autorité judiciaire, et comme laissant intacte la règle que l'administration active seule a la garde des simples intérêts. Mais, parmi les critiques souvent téméraires de M. Vacchelli, il en est une tout au moins qui paraît bien porter. Si la différence entre le droit et l'intérêt, dit-il, dépend de l'octroi ou du refus d'action, ne voit-on pas que cette distinction est impropre en elle-même à fixer la limite entre la compétence judiciaire et la compétence administrative et qu'elle aboutit à une pétition de principe? Juridiction et action sont les deux faces d'une même idée, puisque l'intervention de la protection judiciaire ne peut se produire que par la voie ou à l'occasion d'une action. En disant que l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les questions intéressant les droits, et en définissant ensuite le droit par l'action, on arrive donc à dire que là où cesse la juridic-

tion il n'est plus question que d'intérêt, ce qui équivaut à dire que la juridiction trouve ses limites là où elle ne peut plus s'exercer, à énoncer par conséquent une affirmation dénuée de toute portée juridique et d'une étrange naïveté.

186. Et c'est là ce qui amène M. Vacchelli à se mettre en quête d'une conception plus raffinée de la distinction du droit et de l'intérêt. Celle à laquelle il aboutit, en dépit de l'effort qu'il fait pour la rattacher aux travaux préparatoires de la loi sur le contentieux administratif par l'intermédiaire d'un passage du rapport Borgatti où il croit en trouver le germe, quoique non développé (1), est certainement étrangère à la pensée des initiateurs de la loi de 1865. Elle ne se recommande ni par la précision de sa formule, ni par la clarté de son contenu, ni surtout par son aptitude à conduire à des résultats pratiques. L'explication de cette distinction devrait, d'après M. Vacchelli, être cherchée, « non pas dans les concepts du droit privé, mais dans la genèse historique et les linéaments de l'état constitutionnel moderne ». Toute la somme des utilités, abandonnées à la direction et à la gestion de l'individu, et déterminées dans leur quantité et leur qualité par la

(1) VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, dans ORLANDO, III, p. 420, note 2. Le bureau central du Sénat consacrait, au contraire, officiellement la définition courante dans la formule qu'il donnait à l'article 2 en le rectifiant ainsi « droit privé civil ou politique, *susceptible d'action juridique* ». Voir rapport Vacca, dans *Atti Parlamentari*, 1864, p. 107-109 (édition in-folio). Mais cette addition fut rejetée par la Commission chargée de coordonner les documents de la loi d'unification (rapport Restelli, *Atti Parlamentari*, p. 4358), en partie comme superflue, l'action rentrant dans la définition du droit, en partie, et surtout, comme dangereuse, à raison de l'ambiguïté du mot action qui ne désigne qu'une partie des remèdes judiciaires, et des difficultés d'interprétation que cette précision pouvait faire naître.

loi, constitue le champ des droits que l'Etat défend. Mais il y a bien d'autres utilités ou avantages individuels et collectifs dont l'Etat, selon l'idéal de progrès du temps et du lieu, le degré de culture et les moyens disponibles, assume la garde. Le concept des intérêts correspond à cette somme d'utilités individuelles et collectives qui, de diverses manières, sont confiées aux soins et à la direction de l'Etat (1).

Il n'est vraiment pas besoin de commentaires pour faire ressortir que l'élément de distinction auquel s'arrête M. Vacchelli est plus fuyant encore, et surtout plus variable selon les temps et les lieux, que celui auquel il prétend le substituer et que sa conception du droit et de l'intérêt, en tant qu'explication de la loi de 1865, aboutit encore beaucoup plus franchement que la conception courante à une pure tautologie. Car, si derrière le scintillement des mots et des phrases, on va chercher l'idée pratique que veut exprimer M. Vacchelli, on s'aperçoit qu'elle se ramène tout simplement à ceci : sont de la compétence administrative et échappent, par conséquent, à la surveillance de l'autorité judiciaire, toutes les affaires qui sont confiées exclusivement à la gestion des autorités administratives, c'est-à-dire placées dans le cercle de leur compétence. Après avoir lu les développements théoriques consacrés par M. Vacchelli aux notions de droit et d'intérêt, nous nous trouvons placés exactement au même point qu'avant d'en aborder la lecture (2), tandis que

(1) VACCHELLI, *l. c.*, p. 415-420.

(2) M. VACCHELLI doit lui-même se résigner, dans la suite du chapitre en tête duquel il développe ces considérations théoriques, à passer successivement en revue les principaux types d'utilités juridiques pour examiner s'ils rentrent dans la catégorie des droits ou dans celle des intérêts, et aboutit à cette conclusion que les notions de droit civil et de droit politique sont des concepts historiques dont le contenu ne peut être déterminé qu'empiriquement. *L. c.*, p. 420-426.

l'interprétation courante, qu'il s'efforce en vain d'écarter, donne au moins une signification, limitée sans doute, mais qui a bien sa valeur historique, à cette distinction du droit et de l'intérêt qui, dans la pensée des auteurs des projets de loi de 1851 et de 1864, était destinée à exprimer que, par réaction contre les abus antérieurs de la justice administrative, ils entendaient réserver en principe à l'autorité judiciaire la mission de protéger seule par la voie juridictionnelle tous les droits, non plus seulement contre les empiètements commis par des particuliers, mais aussi, à la différence du passé, contre les atteintes administratives, et cantonner étroitement, en dehors des exceptions prévues ou autorisées dans l'article 12, l'administration dans la gestion des intérêts individuels ou collectifs non protégés par voie d'action ou de remèdes judiciaires.

187. Ces controverses nous montrent qu'il ne faut pas demander à la distinction du droit et de l'intérêt plus qu'elle ne peut donner. On ne saurait y voir une règle précise de droit positif ou un instrument rigoureux de contrôle qui puisse servir à discerner d'une façon certaine où finit la compétence judiciaire et où commence la compétence administrative. Elle ne saurait fournir autre chose que l'indication d'une direction à suivre dans la mise en œuvre doctrinale ou jurisprudentielle de la notion de la séparation des autorités administrative et judiciaire. L'aptitude de cette distinction à varier dans ses conclusions, non seulement avec la modification des temps et des milieux, mais aussi avec les tendances d'esprit et les préoccupations politiques de ceux qui sont chargés de l'appliquer, a bien souvent été relevée par les spécialistes italiens du droit public (1) ; elle a été tout

(1) Cf. ORLANDO, *Trattato*, III, p. 642 et suiv.

particulièrement mise en relief dans l'un des écrits de M. Minghetti (1). L'indécision et la flexibilité naturelles de la distinction du droit et de l'intérêt ont permis à l'administration italienne, placée dans une prédominance de fait par l'article 13 de la loi sur le contentieux administratif, d'arriver progressivement dans la pratique à étendre le cercle de ses attributions discrétionnaires au détriment de la sphère de surveillance réservée à l'autorité judiciaire par la législation de 1865. Le même phénomène a produit, nous le verrons, des résultats inverses dans le droit égyptien où la distinction des droits et des intérêts, qui est également à la base de l'article 11 du *R. O. J.*, a permis à la jurisprudence des tribunaux mixtes — jurisprudence entièrement libre de ses mouvements — d'étendre insensiblement, mais continûment, le cercle de protection offert par son intervention aux ressortissants et protégés de puissances étrangères contre l'arbitraire administratif, en le proportionnant aux exigences toujours croissantes de la conception populaire de la juridicité qui tendent à faire passer de temps à autre de nouveaux intérêts dans la sphère des droits, en réclamant pour eux la garantie de la défense judiciaire.

188. Si le rôle historique de tout premier plan que la distinction des droits et des intérêts a joué dans les travaux préparatoires de la Réforme de 1865 mérite être relevé, c'est surtout parce qu'il contribue à mettre en plein relief la pensée fondamentale du législateur de 1865, sa volonté d'ouvrir indistinctement l'accès des tribunaux de droit commun, pour la défense contre les usurpations et les

(1) MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, p. 243 et suiv.

atteintes administratives, à tous les droits subjectifs des individualités ou des personnes morales, sans autres exceptions que celles qui sont autorisées par l'article 12. Cette intention du législateur a trouvé son expression dans la partie de la disposition de l'article 2 qui attribue à la connaissance des tribunaux judiciaires « toutes les matières dans lesquelles est mis en question un *droit civil ou politique* ». Ces mots « droits civils ou politiques », où nous trouvons l'écho des articles 92 et 93 de la Constitution belge, pourraient peut-être en eux-mêmes paraître ambigus. Mais leur signification échappe à toute contestation quand on l'éclaire par les travaux préparatoires, dont les données ont été sur ce point trop consciencieusement résumées par M. Ernest Dubois, pour que nous ne nous contentions pas de reproduire purement et simplement son analyse.

« Quelques députés, dit-il, MM. Mazza, Chiaves..., avaient proposé de dire *droit quelconque* ou *droit de toute nature*, pour qu'aucun droit ne pût paraître exclu, et notamment pour ne pas exclure les droits dérivant des lois administratives. Il fut répondu qu'il importait de mentionner expressément les droits politiques, afin qu'on ne pût pas prétendre que, de leur nature, ils ne rentraient pas dans la sphère de l'autorité judiciaire, et par les droits politiques ainsi garantis on entendait ceux qui consistent dans la participation des citoyens aux affaires publiques. Quant aux droits dérivant des lois administratives on soutint, qu'à proprement parler, il n'en existe pas, « tous ceux que les lois peuvent fonder rentrant nécessairement dans les droits civils ou les droits politi-

ques » (1). On insista enfin sur l'avantage qu'offraient des termes déjà adoptés par la Constitution belge et, par suite, dont le sens était fixé par la jurisprudence et la doctrine reçues en Belgique, tandis que les formules proposées étaient inconnues et indéterminées ; elles se prêteraient, dit-on, soit à une interprétation trop restreinte, excluant les droits politiques sous prétexte qu'ils ne seraient pas nommés, soit à une interprétation trop large, embrassant les prérogatives constitutionnelles du Roi et des Chambres, les rapports internationaux, le droit public ecclésiastique et d'autres objets qui échappent absolument à l'action des tribunaux » (2).

Du rapprochement de la rédaction définitive de l'article 2 et de ses précédents, nous pouvons donc conclure, comme le font d'ailleurs d'ordinaire les commentateurs italiens, que la loi du 20 mars 1865 sur le contentieux administratif n'a pas cru devoir distinguer entre droits et droits, qu'elle s'est servie de l'expression droits civils ou

(1) M. Dubois cherche ici à prévenir une erreur, dans laquelle est tombé depuis M. VACCHELLI, *l. c.*, p. 364 et que peut provoquer, si on l'isole du reste des travaux préparatoires, un passage du rapport Borgatti sur le projet de la seconde Commission où il est dit incidemment qu'il n'est pas parlé dans l'article 2 des droits administratifs, à côté des droits civils et politiques, parce qu'il n'y a pas de droits administratifs. De l'ensemble des rapports et discussions préliminaires à l'adoption de la loi, il ressort, comme le montre fort bien M. Dubois, qu'il n'y a jamais eu là qu'une question de qualification juridique ; que l'on n'a pas entendu nier que les lois administratives pussent établir des droits, mais que l'on est parti de cette idée, familière déjà au législateur belge, que la distinction bipartite des droits civils et des droits politiques est assez large pour les englober dans l'une ou dans l'autre de ses deux branches.

(2) DUBOIS, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*. II, p. 232-233.

politiques, non pas pour opposer ces deux catégories l'une à l'autre, ou pour les soumettre l'une et l'autre à un traitement supérieur à celui des autres droits individuels, mais pour englober dans une formule compréhensive, et soumettre au même régime de protection confiée aux tribunaux de droit commun tous les droits subjectifs des particuliers; qu'elle a voulu faire de l'action par la voie judiciaire ordinaire l'instrument normal de défense, même à l'encontre des administrations, pour les droits de toutes natures, et ne laisser en dehors de la sphère de contrôle tutélaire de l'autorité judiciaire que les simples intérêts, qui, n'étant pas munis d'actions, sont laissés à la discrétion de l'autorité administrative (1).

PARAGRAPHE II

Les Lacunes de la loi de 1865. -- Les Retouches législatives postérieures

189. C'est à ce dernier point de vue, — en ce qui concerne le traitement réservé aux simples intérêts, par son article 3, — que la loi italienne du 20 mars 1865 a soulevé les plus légitimes et les plus énergiques critiques. Dans la rédaction donnée à cet article, elle a accentué et volontairement aggravé un défaut qui est, sans doute, inhérent au mécanisme général du système belge et qui constitue incontestablement pour lui une cause d'infériorité — peut-être compensée par ailleurs — quand on le compare aux formes les plus récentes du système français du contentieux administratif, mais dont il est possible, comme le prouve

(1) VACCHELLI, *l. c.*, p. 365.

l'exemple de la jurisprudence de nos tribunaux mixtes, de ramener les inconvénients dans des limites fort supportables: l'absence de tout instrument de défense juridictionnelle des intérêts individuels ou collectifs. En enlevant aux anciens tribunaux de contentieux administratif général des attributions qui n'étaient pas toujours des attributions de juridiction contentieuse, dont quelques-unes avaient pour objet d'assurer une gestion plus réfléchie et plus contrôlée des intérêts administratifs, et non pas la garantie directe des droits proprement dits, la loi de 1865 ne les a pas toutes fait passer à l'autorité judiciaire. Une partie en a été déferée par l'article 3 à l'administration active, statuant sans ¹⁹⁹doute, comme le prescrit cet article, par décret motivé, sur exposition écrite des moyens et observations des intéressés, parfois même après avis de conseils administratifs, mais toujours discrétionnairement, sans la garantie de formes judiciaires et de véritables discussions contradictoires. Et, contre ces décisions discrétionnaires des autorités administratives, elle n'a réservé aux intérêts lésés d'autre ressource que le recours par la voie hiérarchique, qui, même avec le complément du recours extraordinaire au Roi, n'offre pas aux intéressés des garanties sérieuses d'examen réfléchi, et surtout impartial, puisqu'il fait appel au bon vouloir et à l'équité des autorités supérieures, en un mot à la grâce, et non pas à la justice de ceux devant qui le recours est porté (1).

190. Cette lacune du système de protection des administrés contre l'arbitraire des administrateurs introduit en

(1) Cf. notamment, en ce qui concerne l'insuffisance du recours extraordinaire au Roi, ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, dans son *Trattato*, III, p. 774-775 et *Garantie della libertà* dans *Biblioteca di scienze politiche* de Bruniati, V, p. 985.

Italie en 1865 avait d'ailleurs déjà été aperçue et signalée pendant l'élaboration de la loi. Elle avait inspiré à M. Cordova, au cours des discussions devant la Chambre, en 1864, un contre-projet qui proposait d'y remédier en substituant, pour un grand nombre d'affaires laissées par l'article 3 à l'autorité administrative, le maintien des formes contentieuses au simple recours hiérarchique (1). M. Cordova faisait remarquer avec raison que la loi sur le contentieux administratif, loin de réaliser, comme le voulaient ses initiateurs, un pas en avant dans la voie de la défense des libertés individuelles, risquait d'aboutir, sur certains points, à une véritable régression par rapport au régime antérieur en privant les particuliers de garanties que leur avaient jusque-là offertes, dans une partie des cas déferés par l'article 3 à l'administration active, la procédure, la publicité, la discussion contradictoire, le principe de décision par un corps, et non par un homme, qui résultaient de l'existence de la juridiction administrative. Mais la proposition de M. Cordova, soutenue par les adversaires du projet de loi en discussion et apparaissant, pour cette raison, aux initiateurs de la réforme comme destinée à ouvrir dans leur programme une brèche qui irait ensuite s'élargissant, fut finalement repoussée par la Chambre. Un ordre du jour de M. Crispi, qui soulignait également les dangers de l'article 3, affirmait la nécessité d'assurer la publicité du jugement à toutes les affaires antérieurement solutionnées par les tribunaux administratifs, et proposait, pour ce motif, l'ajournement de la loi en vue d'études plus approfondies, n'eut pas plus de succès que le contre-projet Cordova.

(1) Les mêmes préoccupations se retrouvent dans le contre-projet Civita. Cf. DUBOIS, *l. c.*, p. 227-228.

191. L'exactitude des critiques dirigées de ce chef contre le dispositif de l'article 3, dans la discussion parlementaire de 1864, n'a pas tardé à être confirmée par l'épreuve de l'application pratique de la loi de 1865. Dès 1871, un conseiller d'Etat, M. Giuseppe Mantellini, qui, par ses travaux postérieurs et surtout par son livre *Lo Stato e il codice civile*, a contribué à préparer l'opinion parlementaire à l'idée d'une réorganisation nécessaire de la juridiction administrative normale, mais qui, à cette époque, était plutôt partisan du développement que du resserrement du contrôle des tribunaux judiciaires sur les relations administratives entre gouvernants et gouvernés, appréciait, dans son étude sur les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire (1), les résultats auxquels l'article 3 avait abouti, en se combinant avec la disposition de l'article 13, en des termes assez précis et assez significatifs pour s'imposer à la méditation, non seulement de ses compatriotes, mais aussi de ceux des juristes français qui cherchaient alors à se renseigner, en vue de l'application possible à leur pays, sur la marche et les issues de l'expérience, poursuivie en Italie, depuis 1865. Ces appréciations, formulées par un partisan très sincère et très convaincu du système de défense judiciaire des droits consacré par la loi de 1865, mais qui en apercevait les lacunes et demandait qu'elles fussent comblées, ont été résumées par M. Calgarini, dans l'*Archivio giuridico* de janvier 1872, en une formule plus brève, mais aussi plus combative, dont M. Dareste s'est emparé, en l'isolant de son contexte, en en faussant par conséquent la signification, en transformant en un réqui-

(1) MANTELLINI, *Conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziarie e amministrative*, Florence, Barbera, 1871.

sitoire contre le principe même de la loi de 1865, une critique visant seulement deux de ses dispositions accessoires, les articles 3 et 13 (1), pour en faire, au cours des discussions instituées en 1873 au sein de la Société de législation comparée, une arme de guerre contre le système belge et italien (2), arme dont les apologistes français de la juridiction administrative se sont trop souvent servi depuis sans en vérifier la valeur et l'origine (3). « On a voulu, dit l'auteur italien, donner aux parties des garanties nouvelles en renvoyant à la justice ordinaire des causes qui étaient antérieurement dévolues à la justice administrative. Mais, par le fait et dans la réalité, voici ce qui arrive dans beaucoup de cas : des affaires qui jusque-là avaient un juge, pris il est vrai dans le sein de l'administration, mais enfin un juge, n'en ont plus aujourd'hui aucun, ni dans l'administration ni dans les tribunaux. Ces affaires rentrent aujourd'hui dans les attributions de l'administration et sont traitées sans forme précise comme de simples intérêts administratifs. Si l'on voulait imiter les étrangers, il aurait fallu étudier ce qui se passe en Angleterre et en Belgique. Il est de fait que chez nous, dans bien des cas, les affaires n'ont plus de juge, tandis que les Français, que nous avons cru laisser en arrière, trouvent au moins un juge dans l'ordre administratif ».

(1) Les vues de M. Mantellini avaient été fort bien analysées dans les discussions de la Société de législation comparée par M. Ernest DUBOIS, *l. c.*, p. 254-255.

(2) DARESTE, *L'organisation de la juridiction administrative dans les divers Etats*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, II, p. 276.

(3) Notamment : LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, I, p. 71.

192. Pour que le régime de soumission uniforme à l'appréciation discrétionnaire de l'administration active auquel l'article 3 soumet toutes les affaires soustraites au contentieux judiciaire, comme ne mettant pas en cause des droits, pût fonctionner, sans sacrifier inutilement des intérêts individuels dignes de protection tant à raison de leur gravité que de leur conformité avec les intérêts de la collectivité, il eût fallu que l'interprétation jurisprudentielle pût, comme elle l'a fait chez nous, développer la distinction des droits et des intérêts dans le sens d'une extension progressive de la notion du droit aux dépens de la notion du simple intérêt. Or, cela ne lui a pas été possible, non seulement à raison de la disposition de l'article 13, mais pour d'autres causes que nous signalerons plus loin. Aussi s'est-on aperçu de plus en plus avec le temps, que l'article 3 constituait le point faible de la législation de 1865, celui sur lequel des réfections, ou tout au moins des compléments d'organisation ou des travaux confortatifs, étaient nécessaires. De très bonne heure s'est développé dans les cercles scientifiques le sentiment que la réforme de 1865, contrairement à ce qu'avaient cru ses auteurs, n'avait pas réussi à résoudre suffisamment le problème de la garantie des citoyens contre l'action abusive ou excessive des administrations publiques, et cela même dans la sphère de rapports qu'elle avait voulu défendre. Il se dessine, dès la fin de 1869, dans les articles de Baer sur la décentralisation en Angleterre et ses applications possibles en Italie (1), où l'auteur, tout en se défendant contre l'accusation éventuelle de vouloir faire revivre le système du contentieux administratif, préconise

(1) Dans *Nuova Antologia*. Juillet 1869 à février 1870.

la création de corps locaux et de collèges provinciaux, établis sur le type anglais et chargés d'exercer un contrôle sur l'administration active par la voie contentieuse, dans des formes judiciaires, sous la surveillance d'une juridiction supérieure, celle du Conseil d'Etat, qui puisse imprimer à leur jurisprudence l'unité d'action. Mais les manifestations de ce sentiment se sont multipliées surtout, dans la doctrine italienne, à partir de 1880, soit par les idées exposées dans des œuvres de portée à la fois juridique et politique, comme les livres précédemment cités de Minghetti (1) et de Mantellini (2), soit par des manifestations oratoires, comme le discours retentissant prononcé le 6 mai 1880 par Silvio Spaventa (3) à l'Association constitutionnelle de Bergame ou la harangue du procureur général de Falco à la séance de rentrée de la Cour de Cassation de Rome en 1884 (4).

193. Ce mouvement de l'opinion scientifique a vite réagi sur les sphères parlementaires. Dès 1873, Francesco Crispi prenait l'initiative d'un projet de loi destiné à établir un recours contentieux devant le Conseil d'Etat pour les matières sur lesquelles avant 1865 avait pu s'exercer la compétence de tribunaux administratifs et qui, n'ayant pu rentrer dans la compétence des tribunaux ordinaires aux termes de l'article 2 de la loi sur le contentieux adminis-

(1) *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, p. 144 et s.

(2) *Lo Stato e il codice civile*, p. 306 et s.

(3) Publié sous le titre de *Giustizia nell'amministrazione*, Rome, 1880, imprimerie de l'*Opinione*.

(4) ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, dans son *Trattato*, III, p. 644.

tratif, se trouvaient dépourvues de toute défense en dehors des garanties illusoires accordées par l'article 3. Ce projet fut périmé, avant d'avoir pu venir en discussion, par la clôture de la session parlementaire. Il en fut de même des projets d'initiative ministérielle présentés en 1877 par M. Nicotera, en 1880, 1884 et 1886 par M. Depretis. Mais, en 1887, M. Crispi sul profiter de son passage au Ministère de l'intérieur pour amener le Sénat à commencer la discussion d'un nouveau projet qui devait devenir le noyau de la législation actuelle du Conseil d'Etat (1). De là sont sorties les lois du 31 mars 1889 et du 1^{er} mai 1890, qui, sans toucher aux dispositions essentielles de la loi de 1865 attribuant compétence aux tribunaux ordinaires en matière de litiges administratifs, ont rétabli la juridiction administrative générale ou normale, en créant, à côté des juridictions spéciales maintenues par l'article 12 de la loi du 20 mars 1865, une nouvelle juridiction de premier ressort, la junta provinciale, et en instituant au sein du Conseil d'Etat un nouvel organisme, la quatrième section, spécialement chargée d'exercer la juridiction administrative supérieure.

194. Qu'on ne s'y trompe pas. Cette réforme de 1889 et 1890 n'a à aucun degré le caractère d'une réaction, même partielle et limitée, contre l'organisation acceptée en 1865. Elle ne tend ni à supprimer, ni même à modifier cette organisation. Elle vise seulement à la compléter. Son esprit est fort bien défini dans de nombreuses pages de l'étude d'Orlando sur la justice administrative. Le mouvement d'opinion publique sous l'impulsion duquel ont

(1) ORLANDO, *l. c.* III, p. 646-653.

été votées les lois de 1889 et de 1890 était inspiré, nous dit le savant maître du droit administratif italien, par la conviction « que la loi de 1865 n'était pas mauvaise en soi, mais qu'elle était incomplète ». Ceux-là même qui réclamaient une réforme « ne voulaient pas qu'on éliminât ou atténuat la défense juridictionnelle concédée par cette loi, mais ils croyaient nécessaire de pourvoir à la défense d'autres rapports éventuels que la loi existante laissait dépourvus de toute garantie » (1). La législation de 1889 et 1890 « veut maintenir intacte la compétence des tribunaux ordinaires telle qu'elle était avant la nouvelle réforme. Elle ajoute de nouvelles garanties; elle ne modifie pas l'organisation préexistante » (2). Respectant la protection très suffisante déjà instituée en faveur des droits par la loi de 1865, elle vient seulement combler une lacune de cette loi en donnant aux citoyens un remède contentieux contre la lésion de certains de leurs intérêts. Si elle ressuscite l'idée du contentieux administratif, ce n'est pas dans le sens spécifiquement français d'une dénégation à l'autorité judiciaire de toute compétence pour intervenir dans les rapports entre les particuliers et la puissance publique; c'est avec cette signification bien différente que, parmi les fonctions réservées à l'administration, par la distribution d'attributions faite dans les articles 2 et 3 de la loi de 1865, rentre désormais la mission de juger par voie contentieuse les recours et réclamations dirigés par des particuliers contre les actes administratifs qui lèsent, non pas leurs droits, mais leurs intérêts (3).

(1) ORLANDO, *l. c.*, III, p. 645-646.

(2) ORLANDO, *l. c.*, III, p. 771.

(3) ORLANDO, *l. c.*, III, p. 654.

195. Cette retouche, ou plutôt cette addition, qui n'en change pas l'économie interne, n'a, on le voit, été apportée à la loi de 1865 qu'une quinzaine d'années après l'époque où cette loi a fait sentir son influence sur l'orientation des institutions judiciaires de l'Égypte en servant de modèle à l'article 11 du R. O. J. Il faut donc avoir soin d'en faire abstraction quand on étudie la loi italienne sur le contentieux administratif uniquement en tant que précédent de la législation égyptienne de 1875, et, en quelque sorte, comme l'un des éléments des travaux préparatoires de cette législation.

PARAGRAPHE III

Les Restrictions au Droit commun de la Fonction judiciaire en ce qui concerne l'Appréciation et le Traitement des Actes administratifs

196. Après avoir réglé, dans ses articles 2 et 3, la répartition entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative de la connaissance des diverses sortes de réclamations que le fonctionnement de la puissance publique peut susciter de la part des administrés, la loi du 20 mars 1865 a été amenée à déterminer comment doit s'exercer et jusqu'à quelles limites peut s'étendre le pouvoir d'intervention et de décision des tribunaux de droit commun dans les affaires d'origine administrative qui sont placées dans le cercle de leur compétence. S'inspirant de la conception fonctionnelle du principe de la séparation des pouvoirs qui forme l'instrument régulateur de son mécanisme, elle

a dû se préoccuper, dans cette réglementation de la tâche du juge, d'éviter que l'exercice de la fonction juridictionnelle puisse l'entraîner à faire acte d'administrateur et à s'immiscer directement dans la marche intérieure des services administratifs. Tel est l'objet de son article 4 qui constitue la partie la plus originale, mais aussi la plus subtile et la plus complexe, de son dispositif et que la note remise par le Gouvernement égyptien à la Commission internationale de 1898 signale, avec raison, comme constituant la principale source de la disposition de l'article 11 du *R. O. J.*

L'idée première de la règle formulée dans l'article 4 apparaît déjà en 1861 dans l'article 8 du projet Minghetti qui, comme nous l'avons constaté antérieurement, n'en faisait encore qu'une application limitée à quelques-unes seulement d'entre les catégories de litiges, dont il se proposait de déférer la connaissance aux tribunaux ordinaires. Déjà corrigée, de façon à lui imprimer un caractère de généralité, par la première Commission parlementaire en 1862, la disposition en question reparait sous cette dernière forme dans le projet Peruzzi, mais a été l'objet ensuite de toute une série de retouches au cours des travaux parlementaires des années 1864 et 1865. Le texte de l'article 4 est l'un de ceux dont la rédaction a le plus varié et a soulevé le plus de difficultés techniques et d'objections pendant toute la durée des travaux préparatoires de la loi de 1865. Dans le projet de la seconde Commission parlementaire (projet Borgatti), il était ainsi conçu : « Quand, devant les autorités judiciaires, la contestation porte sur un droit que l'on prétend lésé par un acte de l'autorité administrative, l'autorité judiciaire devra se borner à *déclarer les conséquences juridiques de*

cet acte, sans qu'il puisse être révoqué ou modifié *autrement que par recours aux autorités administratives* ». C'est sous cette forme qu'il fut soumis aux délibérations de la Chambre des Députés. Il y fut l'objet de vives critiques. Les uns, comme M. Nisco, objectaient qu'on allait ainsi défaire d'une main ce qu'on venait de faire de l'autre; qu'en défendant aux juges d'ordonner la cessation ou la réparation des abus qu'ils constateraient, on risquait de rendre pratiquement inefficace la protection judiciaire qu'on avait officiellement déclaré, dans l'article 2, vouloir accorder aux droits individuels, et enfin qu'on s'exposait ainsi à dénaturer la fonction judiciaire en rabaissant les tribunaux au rôle de simples corps consultatifs vis-à-vis de l'administration (1). D'autres, comme M. Brunetti, se plaçant de préférence sur le terrain de la technique judiciaire, déclaraient incompréhensible et pratiquement inapplicable l'opposition que l'on prétendait établir entre l'acte administratif lui-même, dont les juges ne devraient pas connaître, et ses conséquences juridiques qu'ils auraient seules à apprécier (2). Certains

(1) Voir la discussion du 18 juin 1864 à la Chambre des Députés, à sa date dans les *Atti parlamentari*.

(2) Même séance du 18 juin 1864. M. Brunetti demandait qu'on substituât à la formule de la Commission un texte ainsi conçu : « L'autorité de la chose jugée sur les litiges prévus dans les articles 1 et 2 aura l'extension et les limites qui sont prescrites pour tous les autres jugements par les lois civiles du royaume ». Le fait même que cette substitution a été demandée par M. Brunetti et refusée par la Chambre crée déjà un très grave préjugé contre l'interprétation de l'article 4 que propose M. SANTI ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative* dans ORLANDO, III, p. 611 et suiv. et d'après laquelle « ledit article, contrairement à ce que beaucoup soutiennent, ne restreint pas la compétence normale des magistrats, mais en déclare les limites ordinaires, pour éviter le risque que, par rapport aux actes de l'administration

enfin, comme MM. Cortèze et Pica, s'attaquant au point manifestement le plus faible de la formule proposée par la Commission, trouvaient étrange qu'on invitât le juge à *déclarer les conséquences juridiques* de l'acte incriminé, sans lui fournir en même temps les moyens de faire respecter ces conséquences, au moins par rapport au droit pour lequel on sollicitait sa protection et à l'occasion duquel il avait été amené à s'occuper de l'acte en question. Donnant corps à leurs critiques sous forme d'amendement ils proposaient de permettre aux tribunaux de « prononcer l'inefficacité de l'acte en ce qui concerne le droit lésé sans pouvoir le révoquer ou le modifier » (1). Mais ces objections et ces amendements ne furent pas pris en considération par la Chambre et le texte de la

publique, ils se croient investis de tous les pouvoirs qu'avaient eu les tribunaux de contentieux administratif ». « Juger seulement sur l'objet déduit en justice et laisser non préjugés tous les autres effets de l'acte attaqué est une conséquence qui dérive directement, ajoute M. Santi Romano, du caractère même de la fonction judiciaire et qui aurait dû se produire alors même que l'article 4 n'aurait pas été écrit... Certes, l'article 4, interprété dans la signification de ses paroles et même dans l'esprit de la loi entière, n'introduit aucune différence entre les actes publics des êtres administratifs et les actes privés de ceux-ci ou des citoyens ». M. Santi Romano semble partir de cette idée, manifestement erronée, que l'article 4 a seulement pour but de défendre au juge d'annuler l'acte administratif incriminé à l'égard de tous, et non pas seulement à l'égard des plaideurs en cause. Si telle avait été sa seule raison d'être, il eût été, en effet, inutile et les règles de l'autorité de la chose jugée auraient suffi à atteindre le résultat désiré. M. Santi Romano n'oublie qu'un détail, mais qui a son importance, c'est que l'article 4 dit formellement que le juge ne peut annuler en aucune façon l'acte administratif dont il a à connaître, pas même par rapport au plaideur qui se plaint de l'atteinte à son droit.

(1) Même séance. Cf. VACCHELLI, *l. c.*, p. 443, note 1. — DUBOIS, *l. c.*, p. 234-235.

Commission, vigoureusement défendu par M. Mancini, fut voté par les députés, après une modification portant sur la forme plutôt que sur le fond : la substitution aux mots « se borner à *déclarer les conséquences juridiques de l'acte* » des termes « se borner à *connaître si et quelles conséquences juridiques* l'acte administratif peut produire ».

197. Toutefois, devant le bureau central du Sénat, fut reprise avec succès l'une des critiques que nous venons de rappeler, celle qui vise la distinction, trop subtile et surtout trop naïvement présentée, de l'acte et de ses conséquences. C'est à la suite des réserves formulées et des modifications demandées sur ce point par les membres de la Haute Assemblée que, dans le texte définitif incorporé dans la loi d'unification administrative, la disposition unique des projets antérieurs s'est scindée en ces deux propositions plus précises et plus détaillées :

« Art. 4 § 1^{er}. — Quand la contestation porte sur un droit que l'on prétend lésé par un acte de l'autorité administrative les tribunaux se borneront à *connaître des effets de cet acte par rapport à l'objet du procès*.

« Art. 4 § 2. — L'acte administratif ne pourra être révoqué ou modifié que *par recours aux autorités administratives compétentes, lesquelles se conformeront au jugement porté en l'espèce par les tribunaux* ».

Il importe, puisque nous sommes ici, en quelque sorte, en présence du cliché qui a servi à tirer l'exemplaire du système belge de défense judiciaire des droits qu'est l'article 11 du R. O. J., de dresser la liste exacte des limitations que l'article 4, dans cette formule définitive, apporte

aux pouvoirs d'investigation et de décision des juges pour le cas où ils ont à statuer sur des litiges nés à l'occasion d'actes administratifs.

198. 1° Il est bien certain, tout d'abord — le premier paragraphe de notre texte est formel — que le juge ordinaire ne peut ni connaître d'un acte administratif abstraitement et globalement, ni l'envisager dans l'ensemble de ses applications, ni en régler les suites en termes généraux applicables à tous et en tous cas; qu'il a l'obligation stricte de ne le considérer qu'au seul point de vue de ses rapports avec le droit individuel qui sollicite protection, de ne tenir compte que de ceux de ses effets qui le font entrer en conflit avec le droit subjectif, et de n'en régler la portée ou les conséquences juridiques qu'à l'égard seulement du particulier ou des particuliers qui figurent comme parties dans l'instance à l'occasion de laquelle le tribunal est amené à s'occuper de l'acte administratif. Pour établir ce premier résultat, il n'était même pas besoin d'ailleurs de la disposition impérative de l'article 4. Car il n'est que la mise en œuvre de règles générales de l'organisation judiciaire qui s'appliquent aussi bien dans les litiges s'élevant exclusivement entre particuliers que dans ceux qui mettent en présence administrations et administrés. Et c'est la part de vérité — part très faible — qu'on peut reconnaître dans la théorie de M. Santi Romano, que nous avons réfutée dans l'une des notes précédentes, et qui voit à tort dans l'article 4 une disposition, en réalité superflue, constituant un simple renvoi aux principes du droit commun (1). En effet, d'après les conceptions juridiques françaises, qui,

(1) SANTI ROMANO, dans ORLANDO, III, p. 611 et s.

surtout depuis la réforme de 1889 et 1890, dominant aussi en Italie, émettre des décisions conçues objectivement et génériquement, prononcer des sentences qui puissent étendre leurs effets en dehors de la cause à l'occasion de laquelle elles sont intervenues et du cercle limité des personnes entre lesquelles elles ont été rendues, se prononcer sur la nullité ou la validité d'un acte d'une façon absolue, dans des conditions qui puissent être invoquées par tous et opposées à tous, c'est sortir des limites ordinaires de la fonction judiciaire; c'est accomplir, sous forme contentieuse, une opération qui participe de l'administration tout autant que de la justice, et qui constitue la prérogative exclusive des juridictions administratives. C'est, dit M. Dareste, exercer « un droit suprême de contrôle sur tous les actes de l'administration... droit essentiellement distinct de la juridiction contentieuse ordinaire », et qui dépasse l'étendue des pouvoirs même de la plus haute des juridictions civiles. « Il va plus loin, dit encore M. Dareste, en ce que l'annulation qu'il provoque est absolue et produit son effet à l'égard de tous, tandis que la Cassation n'a d'effet qu'entre les parties » (1). Et Laferrière caractérise peut-être encore plus nettement la nature complexe, mi-administrative, mi-judiciaire, de ces décisions par voie générale et objective en faisant remarquer qu'il « ne faut pas oublier que, si l'annulation

(1) DARESTE, *La justice administrative en France*, 2^e édition, p. 222. — Cf. toutefois, dans un sens opposé aux idées développées au texte, l'article, de tendances fort originales, mais allant parfois jusqu'au paradoxe, de JÉZE, *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel*, dans *Revue du droit public*, XXX, 1913, p. 437-502, qui cherche à réagir contre la conception courante de l'autorité relative de la chose jugée et se rencontre sur certains points avec M. Santi-Romano.

pour excès de pouvoir est un acte de juridiction, elle n'en produit pas moins par la force des choses l'effet d'un acte de puissance publique » (1). Certains auteurs italiens en ont même conclu que l'activité qu'exerce le Conseil d'Etat depuis 1889, en matière de contentieux d'annulation, ne rentre pas dans la notion technique et spécifique de la juridiction, parce qu'elle en excède le contenu, et ont tiré argument de cette constatation doctrinale pour le solutionnement de la controverse classique sur l'existence ou la non-existence en ces matières du contrôle supérieur de la Cour de Cassation de Rome, qui s'est développée à la suite de la fameuse affaire Trezza (2).

199. Si le concept général de la juridiction est en lui-même assez souple et comporte peut-être des nuances et des variétés assez difficiles à définir, il est bien certain, en revanche, que la notion spéciale de la juridiction civile implique naturellement l'idée d'un droit subjectif à discuter et à déclarer dans l'intérêt de la personne qui en est titulaire, et que, par là même que cette juridiction est mise en mouvement par un sujet qui entend faire valoir un droit propre, il rentre dans sa nature même de n'être exercée que d'une manière limitée et circonscrite à la chose qui est demandée par les parties litigantes. Il va de soi, dès lors, que le juge de droit commun ne peut être saisi de la connaissance d'un acte administratif que par voie incidente, à raison de sa répercussion sur un droit privé, dans la mesure où il touche à ce droit, à l'occasion de l'action intentée en exécution ou comme conséquence

(1) LAFERRIERE, *Juridiction administrative*, II, p. 574.

(2) ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, dans son *Trattato* III. p. 777-778.

de cet acte, par ou contre le titulaire du droit, et que l'appréciation qu'il est ainsi amené à porter sur l'acte administratif, envisagé dans ses relations avec le droit prétendument lésé, laisse impréjugés tous les autres effets que cet acte peut être appelé à produire entre personnes étrangères au procès. Pour que le tribunal puisse retenir et examiner une réclamation dirigée contre un acte administratif, il faut que la nature même de la demande qu'on lui soumet implique, non pas sans doute l'existence d'un droit — c'est le rôle de la procédure judiciaire de preuve de fixer le juge sur cette question de réalité du droit allégué — mais la possibilité qu'il existe un droit qui ait été heurté et entamé (1). Et encore ne suffira-t-il pas que le demandeur invoque simplement la violation matérielle de son droit, s'il ne se plaint en même temps d'un préjudice subi de ce chef. L'intérêt est, en effet, la mesure de l'action. L'article 36 du Code de procédure civile italien le rappelle. Et il résulte de ce principe qu'on ne saurait faire valoir un droit subjectif devant l'autorité judiciaire dans le seul but idéal de réparation du droit objectif; à plus forte raison ne saurait-on lui déférer l'examen d'un acte administratif uniquement afin d'obtenir la reconnaissance de principe de son illégalité. L'autorité judiciaire n'est pas appelée, en effet, à exercer un contrôle général et d'ordre public sur la régularité des opérations administratives. Son rôle se borne à assurer la défense ou la restitution des droits individuels à qui ces opérations peuvent causer lésion. Et qui dit lésion, dit intérêt (2).

(1) SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, dans ORLANDO, III, p. 1202.

(2) VACCHELLI, dans ORLANDO, III, p. 434 et suiv.

200. 2° La disposition de l'article 4 limite aussi la mesure dans laquelle l'autorité judiciaire est admise à juger la valeur et la correction légales des actes administratifs à l'occasion desquels s'élèvent les conflits que l'article 2 lui donne mission de résoudre. Qu'en principe, elle eût le droit et le devoir de procéder à l'examen, au point de vue de la légalité, des actes administratifs à l'occasion de l'exécution desquels les particuliers lui demandent réparation ou restitution, cela ne pouvait faire aucun doute. Car cette permission est nécessairement incluse dans le programme d'action que lui trace l'article 2 et qui consiste à assurer la défense des droits lésés. Le simple fait matériel d'un dommage ne saurait, en effet, suffire à caractériser la lésion. Cette notion implique en outre la supposition que l'agent par lequel a été commis le préjudice a agi sans droit ou tout au moins a dépassé ses droits. Avant de pouvoir dire si un acte est ou non générateur de lésion, il faut donc se demander d'abord s'il a été accompli ou non en conformité avec la loi. Et, à vrai dire, les deux questions ne se distinguent que par l'analyse. Pratiquement elles sont inséparables, et M. Orlando a bien raison de penser qu'on peut affirmer, sans la moindre hésitation, « qu'il n'y a pas de lésion du droit sans violation de la loi et qu'il est purement et simplement contradictoire qu'on puisse léser un droit subjectif et en même temps ne pas violer une norme du droit objectif » (1). Mais, si la compétence pour examiner la légalité des actes administratifs apparaît comme une conséquence nécessaire de la compétence donnée aux tribunaux judiciaires pour constater et estimer les lésions causées par ces actes, et n'a d'autre

(1) ORLANDO, dans son *Trattato*, III, p. 742.

raison d'être que celle-là, il en résulte qu'elle est elle-même soumise à toutes les restrictions que nous venons d'énumérer; que l'appréciation de la légalité ne doit être entreprise que dans la mesure où elle est nécessaire pour arriver à la solution des seules questions qui soient directement soumises au juge : question d'existence, question de lésion du droit, qu'elle ne rentre jamais dans les tâches officiellement assignées à la juridiction civile et ne constitue que l'un des moyens d'information — mais un moyen indispensable — auquel celle-ci doit recourir pour dégager les données pratiques des problèmes de droit privé et de responsabilité civile dont elle est saisie.

201. Telle est l'idée qu'exprime l'article 5, déjà plusieurs fois cité, de la loi du 20 mars 1865 en disant que, quand la contestation porte sur un droit, que l'on prétend lésé par l'autorité administrative, les autorités judiciaires appliqueront, comme dans tout autre cas, « les actes administratifs et les règlements généraux et locaux, *en tant qu'ils seront conformes aux lois* ». Il semble bien que cette disposition n'ait été insérée dans la loi sur le contentieux administratif que sous l'influence du modèle dont s'inspiraient les réformateurs italiens et par une sorte de besoin d'imitation de la Constitution belge dont elle reproduit l'article 107. Comprise dans le texte de loi arrêté par la Chambre des Députés, elle avait été supprimée par le bureau central du Sénat, comme ne constituant que l'application pure et simple des principes déjà contenus dans l'article 4 de la loi, et apparaissant à ce titre comme une simple redite. Mais elle fut rétablie par la Commission d'unification administrative dont le rapporteur, M. Restelli, déclare que, quoiqu'elle ne soit pas rigoureusement néces-

saire, elle mérite cependant être formulée afin d'éviter les hésitations possibles de la jurisprudence (1). Dans la pensée des réformateurs italiens, l'article 5 n'était donc pas destiné à consacrer une règle nouvelle; il n'avait d'autre but que d'attirer l'attention, par un surcroît de précautions, sur l'une des conséquences qu'une interprétation fidèle et intelligente aurait dû, alors même qu'elle n'eût pas été expressément consacrée par le législateur, dégager de l'économie générale de l'article 4. C'est là une constatation de fait qu'il importe de retenir, car elle nous explique que les auteurs du R. O. J. qui, au moment où ils écrivaient leur article 11 étaient dominés par l'influence du mouvement d'opinion créé dans toute l'Europe latine par l'attraction de la loi italienne de 1865 et qui se proposaient de résumer en un seul texte, très brièvement rédigé, les traits essentiels du système italo-belge, en s'en rapportant à la jurisprudence du soin de tirer du principe général posé par eux toutes les déductions logiques qu'il comportait, aient cru pouvoir se borner à reproduire dans leur œuvre l'idée directrice exprimée dans l'article 4 du modèle italien, sans prendre la peine de la faire suivre des précisions, alors considérées comme quelque peu superfétatoires, que contient l'article 5 de la dite loi.

202. Pour comprendre la portée des dispositions combinées des articles 4 et 5, il convient, tout d'abord, d'écarter une interprétation aujourd'hui universellement abandonnée, mais qui trouva écho dans la jurisprudence du Conseil d'Etat à l'époque où cet organe de l'autorité administrative était investi du jugement des questions de

(1) Cf. DUBOIS, *l. c.*, p. 235.

conflit (1), et d'après laquelle la compétence des tribunaux de droit commun se limitait à juger des *effets* de l'acte administratif, c'est-à-dire des indemnités et réparations civiles auxquelles il pouvait donner lieu, sans l'autoriser à connaître même incidemment de la légitimité de l'acte lui-même. Cette interprétation reprenait une distinction entre l'*acte* et ses *suites* juridiques, qui avait, sans doute, prévalu dans le projet de la seconde commission et dans le texte voté par la Chambre des Députés, mais qui avait finalement été écartée par le bureau central du Sénat et dans la rédaction définitive de la loi d'unification. Elle se heurtait au démenti des travaux préparatoires qui montrent que, si le mot *effets* subsiste encore dans le texte actuel de l'article 4, il n'a plus d'autre but que de limiter l'appréciation de l'acte par le tribunal à ses rapports avec la cause en question. Et surtout elle était en contradiction trop flagrante avec le dispositif de l'article 5 qui, en prescrivant aux juges de n'appliquer les actes et règlements administratifs que dans la mesure où ils sont conformes aux lois, les invite assez clairement à en examiner la valeur légale (2). Il est donc certain que, dans la mesure où ces recherches sont utiles, pour déterminer, soit si un droit a été lésé par un acte administratif, soit si les sanctions contraventionnelles de la violation d'un règlement ont été encourues, les tribunaux peuvent et doivent exa-

(1) Sur cette jurisprudence : Cf. MANTELLINI, *Conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa*, 1871, I, p. 72-86 et, pour la défense doctrinale de cette interprétation : SAREDO, *Limiti rispettivi delle attribuzioni delle autorità giudiziaria e amministrativa*, dans la *Legge*, année 1897. Cf. aussi TIEPOLO, *Giustizia amministrativa e decentramento*. Rome, 1892, p. 39, note.

(2) VACCHELLI, l. c., p. 435, n° 1, et 445.

miner attentivement quelle est la valeur que l'acte, mis en jeu à l'occasion de ses suites, peut présenter par lui-même au point de vue de la correction légale.

203. Mais dans quelles conditions et dans quel esprit cette étude nécessaire de la légalité de l'opération administrative soumise incidemment à l'appréciation judiciaire doit-elle être poursuivie et, si elle aboutit à des conclusions négatives, comment et de quelle manière le juge doit-il faire état de cette constatation d'illégalité? Bien entendu — cela résulte suffisamment des principes déjà dégagés — sous quelque forme qu'elle soit enregistrée, cette constatation n'aura de force que dans l'affaire à l'occasion de laquelle elle intervient. Mais, même en en restreignant la portée à cette cause, le juge peut-il la présenter dans les termes que bon lui semble? Ou le respect dû à l'indépendance de l'autorité administrative ne lui impose-t-il pas l'observation de certaines précautions? La réponse à cette question est dictée par la situation constitutionnelle qu'occupe l'autorité judiciaire en Italie comme dans tous les autres pays latins. Elle n'est pas chargée de trancher les questions de droit qui se meuvent dans le champ de l'administration publique. Elle n'est pas investie de la mission d'assurer par sa surveillance un fonctionnement intérieur de l'action administrative conforme aux prescriptions des lois qui réglementent cette activité. Elle ne pourrait, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, tel que l'ont compris les législateurs de 1865, s'ériger ouvertement en censeur de l'autorité administrative. Son rôle doit se borner à défendre ceux des administrés qui font appel à son intervention, par voie d'action ou par voie d'exception, contre les réactions dommageables que pourraient exercer

sur leurs droits ou leurs libertés les actes illicites ou incorrects des administrateurs. Et, par conséquent, quand elle relève des irrégularités, au point de vue légal, dans l'un des actes administratifs dont elle est amenée à connaître incidemment, à l'occasion de l'exercice de sa fonction de tutelle sur les droits privés, elle n'est pas autorisée pour cela à *prononcer l'illégalité* de l'acte en question à l'occasion et en vue de l'affaire dont elle est saisie. Elle doit se borner à *constater* cette illégalité, soit en se refusant de ce chef à appliquer les sanctions pénales qui auraient garanti l'observation d'un acte régulier, soit en motivant sur ce fondement les réparations ou les restitutions qu'elle accorde aux titulaires de droits lésés. Cette distinction est sans doute quelque peu subtile, mais elle ne découle pas seulement de la combinaison des articles 4 et 5; elle est imposée par la logique même du système italo-belge de défense judiciaire des droits. Nous empruntons à M. Orlando quelques développements qui achèveront d'en préciser la signification.

204. Il semble indéniable, dit le savant professeur, dont nous résumons l'argumentation en en reproduisant quelques passages littéralement, que, quand le tribunal ordinaire est saisi aux termes de l'article 2 de la loi de 1865, de la connaissance d'un droit subjectif lésé par un acte administratif, quoique l'article 4 lui défende d'annuler l'acte lui-même quand il sera reconnu illégal, cela n'empêche pas que le tribunal *juge* sur cette illégalité. Cette question apparaît pour le moins *préjudicielle* par rapport à la contestation en cause. M. Orlando prend ici le mot « question préjudicielle » dans son acception italienne, acception très large qui englobe à la fois et

ce qu'on désigne en France sous le nom de *question préjudicielle* — celle qui préjuge la solution définitive de la question principale, mais est de la compétence d'un autre juge que celui à qui appartient le règlement de la question principale — et ce que la doctrine française appelle *question préalable* ou préliminaire — celle qui préjuge la question principale tout en appartenant à la compétence du même juge que cette dernière. Dans l'espèce, c'est plus spécialement dans le second de ces sens — question préalable française — que M. Orlando se sert de l'expression question préjudicielle. Cette notion nous semble rendre un compte assez exact du rôle que joue, dans le système de la loi italienne, l'appréciation de la légalité de l'acte administratif par rapport à l'action en réparation ou en restitution du droit lésé sur laquelle le juge est appelé à prononcer. Cet examen de la légalité de l'acte prétendu générateur de lésion ne constitue, en effet, qu'une question préalable, par rapport à celle sur laquelle le tribunal est invité à décider. « Nous ne croyons pas, ajoute M. Orlando, pouvoir mieux définir la question préjudicielle que comme celle dont la solution, sans être immédiatement comprise dans la *déclaration* du droit controversé faite par le magistrat, constitue, par raison de logique juridique, le point de départ nécessaire de la *res judicata*, de sorte que, pour ce qui la concerne, le magistrat, *tout en ne prononçant pas, juge* ». Nous constaterons avec lui que cette distinction entre *prononciation* et *jugement* cadre assez bien avec la maxime indiscutée que le jugement se compose, non seulement du dispositif (prononciation), mais aussi des *motifs* qui le justifient et que c'est tout naturellement dans les motifs, et non dans le dispositif, que rentre la résolution de cette

question préalable qu'est la constatation de la légalité ou de l'illégalité de l'acte administratif incriminé et qui constitue le *substratum* nécessaire de la décision définitive sur la question de lésion du droit. Et, sans suivre l'éminent juriste italien dans le développement ultérieur de son argumentation, nous adhérons sans hésiter à cette conclusion qui nous semble déjà très suffisamment établie : « En vertu de la loi de 1865, le magistrat ordinaire, saisi par l'article 2 de cette loi, *est compétent pour juger, et juge, de la légalité de l'acte administratif, tout en ne pouvant pas prononcer la nullité de l'acte lui-même* » (1).

205. 3° Si l'obéissance due au principe de la séparation des pouvoirs n'autorise pas l'empiètement de pure forme, relativement inoffensif, que commettrait le juge en *prononçant*, à l'occasion d'une cause civile ou criminelle, et avec un effet limité à cette cause, l'illégalité d'un acte administratif, au lieu de se borner à tirer simplement de la *constatation* de fait de cette illégalité les motifs de sa décision sur la question qui seule lui est directement soumise, à plus forte raison empêche-t-elle l'ingérence de fond, beaucoup plus grave, dans les attributions du pouvoir exécutif qui résulterait de toute intervention du juge tendant à rétablir la correction légale de l'action administrative, dans les rapports entre l'administré qui l'a saisi de sa plainte et l'autorité administrative, soit en annulant l'acte dont il constate l'incorrection au regard de la loi, soit en le rectifiant et en en modifiant le contenu pour le remettre d'accord avec la légalité. Bien entendu, il ne

(1) ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, dans son *Trattato*. III, p. 751-754.

saurait être question d'une suppression complète et radicale de la mesure administrative reconnue irrégulière par le tribunal appelé à connaître de l'action prévue par l'article 2 de la loi de 1865. Car la première des conséquences que nous avons déjà vu se dégager de l'article 4, celle qui découle de l'application du droit commun, suffit déjà à rendre impossible l'émission par le juge d'une sentence prononçant, en termes généraux et absolus, l'annulation ou la modification d'un acte administratif. Mais les lois ordinaires de la fonction juridictionnelle civile et les règles qui régissent l'autorité de la chose jugée ne s'opposeraient plus, en revanche, à ce que les tribunaux puissent annuler ou modifier l'acte en question dans les rapports entre les parties litigantes, tout en le laissant subsister avec son contenu primitif dans les rapports de l'administration avec ceux de ses administrés qui seraient restés étrangers au procès à l'occasion duquel l'annulation ou la modification auraient été prononcées. Ainsi conçu et avec cette étendue limitée, le pouvoir d'annuler et de modifier les actes illégaux ou générateurs de dommages injustes pour autrui rentre incontestablement dans les limites ordinaires assignées à l'activité de l'autorité judiciaire. Pour l'empêcher d'exercer à l'occasion des actes des administrations publiques, déferés occasionnellement à sa connaissance par application de l'article 2 de la loi de 1865, les pouvoirs qu'elle exerce quotidiennement par rapport aux contrats et aux autres opérations juridiques qui interviennent entre particuliers, il a fallu une disposition expresse de la loi. C'est l'objet du paragraphe 2 de l'article 4.

206. Nous touchons ici à la partie du dispositif de la loi de 1865 dont l'élaboration a été le plus laborieuse, à celle

peut être dont la rédaction technique a le plus varié jusqu'à la dernière heure pendant la durée des travaux préparatoires. C'est qu'il s'agissait dans ce texte d'arriver à concilier deux préoccupations souvent contradictoires qui tenaient également à cœur aux auteurs de la réforme de 1865 : assurer, d'une part, la défense du droit individuel à l'encontre des actes administratifs, mais respecter, d'autre part, l'indépendance et l'autonomie respective des autorités judiciaire et administrative. Pour atteindre pleinement le premier de ces buts, il aurait fallu pouvoir autoriser le juge, saisi des réclamations du titulaire du droit lésé par l'action irrégulière ou excessive de l'administration, à ordonner la réparation directe et intégrale du dommage ainsi causé, et à faire disparaître l'acte administratif incorrect par rapport à la partie qui se plaint d'avoir été atteinte par lui dans la libre jouissance d'un de ses droits subjectifs. Il eût été nécessaire de permettre aux tribunaux, non seulement de refuser le concours des sanctions judiciaires à la mise en œuvre de l'acte violateur du droit, mais aussi de s'opposer directement à son exécution par les voies administratives. Mais pouvait-on le faire sans s'exposer à rompre l'équilibre que tend à maintenir entre les forces constitutionnelles de l'Etat le principe de la séparation des pouvoirs ? Non. On eût détruit l'équilibre qui doit régner entre les divers pouvoirs, on eût accordé à l'autorité judiciaire la prééminence sur l'autorité administrative, en l'autorisant à défaire, même pour cause d'inobservation de la loi, ce que l'autre avait fait dans le cercle de ses attributions et à substituer, fut-ce à l'occasion de l'exercice de sa juridiction et dans les limites bornées de cette juridiction, sa propre décision à la décision des administrateurs compétents. La disposition, fina-

lement accueillie dans le second paragraphe de l'article 4, a été le résultat d'une transaction entre ces deux préoccupations opposées; transaction dont M. Mantellini a assez bien défini l'esprit en ces mots : « la connaissance et le jugement à l'autorité judiciaire; pourvoir et agir à l'autorité administrative » (1). Elle se ramène, en effet, à ces termes : l'acte administratif irrégulier ou excessif ne peut pas être révoqué ou modifié par l'autorité judiciaire, même dans l'intérêt et uniquement à l'égard du plaideur dont le droit a été lésé. Mais l'accommodation de l'action administrative aux exigences du droit constatées et proclamées par la sentence judiciaire ne lui est interdite que parce qu'elle incombe à une autre autorité, l'autorité administrative. Cette dernière est tenue de faire ce que l'autorité judiciaire n'a pu faire pour rendre complète la défense du droit. Elle doit, si la partie dont le bon droit a été reconnu par la juridiction civile l'en requiert, par le moyen des recours gracieux ou hiérarchiques, se conformer dans ses rapports avec celle-ci à la sentence rendue par le tribunal (2).

207. Le législateur italien reprend ici, en essayant de la compléter et de l'améliorer, la solution conciliatrice que nous avons déjà vu se dégager antérieurement de la combinaison des articles 92, 93 et 107 de la Constitution de 1831 et dont la jurisprudence belge a si clairement caractérisé l'esprit en décidant, par exemple, à l'occasion d'une seule et même affaire, que les tribunaux ne peuvent

(1) MANTELLINI, *Conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, p. 58-59.

(2) Cf. VACCHELLI, *l. c.*, p. 443-444.

pas empêcher l'exécution d'un arrêté d'expulsion pris irrégulièrement et incompétemment, mais qu'ils doivent indemniser la victime du préjudice subi par suite de l'accomplissement de cette mesure illégale. Méthode de protection du droit, que le souci de ménager les intérêts collectifs, dont l'administration a la garde, rend sans doute incomplète, mais dont il faut se garder toutefois d'exagérer les imperfections et les lacunes. Tout d'abord, comme le fait remarquer M. Meucci, dans une formule qui a besoin d'une correction de forme, mais qui, au fond, exprime une idée fort exacte, « la règle que l'autorité administrative doit respecter l'acte administratif (ajoutons, même illégal) est vraie dans le sens négatif, mais non pas dans le sens positif, c'est-à-dire quand elle est invitée à l'appliquer » (1). En effet, dans le cas où l'acte administratif vicié dans sa légalité est invoqué devant les tribunaux, soit par l'administration, s'il s'agit d'un règlement, pour obtenir l'application des peines contraventionnelles qui le sanctionnent, soit par un particulier qui demande que le juge se fonde sur lui pour trancher un litige, la défense juridictionnelle devient réellement complète et le refus du juge de prêter son concours à l'exécution de l'acte suffit, en fait, pour en paralyser l'application dans l'affaire. C'est seulement quand l'acte administratif a déjà été exécuté, ou encore quand il est susceptible d'être exécuté sans faire appel à l'assistance de la justice, par le seul moyen des voies administratives, que la méthode belge de protection judiciaire des droits doit se déclarer impuissante soit à empêcher la consommation matérielle des dommages dus à l'arbitraire administratif, soit à assurer la

(1) MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo* (3^e édition), 1892, p. 75.

restitution des droits lésés dans leur forme primitive et se résigner à substituer à la réparation directe la réparation par voie d'équivalents pécuniaires.

208. Le législateur italien de 1865 a essayé de perfectionner sur ce point le modèle belge et de réserver aux victimes des abus administratifs, dans les deux derniers cas que nous venons de prévoir, la possibilité d'obtenir, au lieu de la réparation pécuniaire qui est la seule que puissent leur octroyer les tribunaux, la réparation plus complète et plus adéquate qu'est la réparation en nature, mais que seule l'autorité administrative a compétence pour accorder. Dans la fin de son article 4, il conseille au plaideur dont le droit a été reconnu par les tribunaux, mais à qui ceux-ci, faute de compétence pour annuler ou modifier les opérations administratives, n'ont pu donner que des satisfactions pécuniaires, de ne pas s'arrêter en chemin, de se servir des recours hiérarchiques prévus par l'article 3 pour mettre l'administration en demeure de lui fournir une réparation directe et matérielle au lieu de la réparation par voie de dommages-intérêts. Et il invite l'administration compétente, ainsi saisie à son tour des réclamations de la victime, à déférer à ses vœux en se conformant à la sentence du tribunal. Invitation qui était évidemment la démonstration d'excellentes intentions, mais qui devait inévitablement rester démunie de toute efficacité pratique faute de sanction. En dehors du cas où l'administration jugeait elle-même plus expédient, pour éviter des responsabilités pécuniaires, de rapporter ses décisions ou de les modifier, qui donc aurait pu la contraindre à se conformer à la sentence judiciaire ? Ce n'est pas le tribunal à qui, en vertu de la séparation des pou-

voirs, on défendait d'adresser aucune injonction aux administrateurs. Ce n'est pas non plus la partie lésée à laquelle l'article 3 ne laissait d'autre ressource que cette sorte d'appel à la grâce de l'administration qu'est le recours hiérarchique, simple régularisation de l'exercice du bon plaisir administratif, instrument servant à faire parvenir à destination l'expression de vœux et de désirs, et non pas à défendre et réaliser des droits. Le législateur de 1865 avait eu la velléité et le désir de modifier et compléter sur ce point le fonctionnement du système belge. Mais cette velléité n'avait pas réussi à se traduire effectivement dans les faits. On s'en est vite aperçu à l'expérience, et c'est dans le but de combler cette lacune de la loi de 1865 que, lors de la restauration d'un système de contentieux administratif général, on a inséré, dans l'article 25 de la loi du 31 mars 1889, et dans l'énumération des cas où est organisée au profit du Conseil d'Etat la juridiction de mérite, un paragraphe 6 qui ouvre devant la quatrième section de cette assemblée, un « recours direct pour obtenir l'accomplissement de l'obligation pour l'autorité administrative de se conformer, en ce qui concerne l'espèce jugée, aux sentences des tribunaux qui ont reconnu la lésion d'un droit civil ou politique ». Cette disposition de la loi de 1889 a soulevé elle-même, au point de vue de son application, bien des difficultés (1) sur lesquelles il est inutile que nous insistions, car nous devons reprendre, en ce qui concerne ce texte, l'observation que

(1) Cf. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, dans son *Trattato*, III, p. 843-847. — LEPORINI, *Dei ricorsi alla Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato per l'eseguimento dei giudicati sugli atti amministrativi lesivi di diritti* dans *Archivio di diritto pubblico*, I, p. 107 et suiv. — BERTOLINI, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Rome, 1890, p. 209.

nous avons déjà présentée en parlant des lois de 1889 et de 1890. Il s'agit là de retouches ou de compléments, qui n'ont été apportés à l'économie générale de la loi de 1865 que longtemps après l'époque de la rédaction du *R. O. J.*, et dont nous ne devons, dès lors, tenir aucun compte quand nous étudions la loi de 1865 au seul point de vue de ses rapports historiques avec l'article 11 du *R. O. J.*

209. 4° L'interdiction d'annuler et de modifier les mesures prises par l'administration se lie étroitement à une dernière limitation apportée en cette matière aux pouvoirs d'investigation et de décision du juge ordinaire ; la défense de connaître des dites mesures au point de vue de leur opportunité et de leur convenance administrative. La disposition du premier alinéa de l'article 4 refuse, en effet, en termes suffisamment explicites, aux tribunaux de droit commun l'aptitude à exercer, même occasionnellement, la fonction de nature mixte, et étrangère au mécanisme normal de la tutelle judiciaire des droits, qu'on désigne en Italie sous le nom de *juridiction de mérite* et qui présente une parenté de nature avec ce qu'on appelle, dans le droit administratif français, le *contentieux de pleine juridiction* (1). Les auteurs italiens font fort justement remarquer que, quand la quatrième section du Conseil d'Etat est admise à exercer cette juridiction, elle le doit à la place qu'elle occupe au nombre des rouages de l'autorité administrative, que sa fonction contentieuse se confond alors, par la nature intrinsèque des pouvoirs

(1) Sur les rapports de la notion italienne et de la notion française, cf. SANTI ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrativa* dans ORLANDO, III, p. 590-614. — MORTARA, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, I, p. 40-41.

qu'elle renferme, avec celle de l'administration active (1) ; qu'on peut dire qu'elle réunit en soi, dans cette hypothèse, les fonctions du juge et de l'administrateur et que son jugement cesse d'être purement judiciaire (2) ; que « quand elle juge en mérite, elle doit être considérée comme un organe purement exécutif et gouvernemental et sa sentence comme un acte de fonction administrative tendant à connaître en instance de revision des jugements et des appréciations d'opportunité et de convenance économique et politique qui ont pu induire le Ministère à proposer la mesure attaquée » (3). Aussi la jurisprudence du Conseil d'Etat italien proclame-t-elle que, même pour les tribunaux administratifs, la compétence de mérite est dérogatoire au droit commun, qu'elle ne peut leur être conférée qu'en vertu d'un texte de loi, et que c'est à l'administration active, et non à l'administration délibérante, qu'appartient en principe le pouvoir de juger de la convenance et de l'opportunité des mesures administratives à prendre (4). A plus forte raison, le principe de la séparation des pouvoirs, tel que l'ont connu les réformateurs de 1865, s'opposait-il à ce que l'autorité judiciaire pût jamais empiéter sur ce terrain réservé à l'activité de l'autorité administrative.

(1) ORLANDO, *Trattato*, III, p. 665 et suiv., 815 et suiv.

(2) PORRINI, *La giurisdizione amministrativa*, p. 14 et suiv.

(3) MORTARA, *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentramento e trasformazione di opere pie*, dans la *Legge*, XXXVIII, tome II, n° 15, qui déduit cette formule de deux arrêts de la Cour de Cassation de Rome du 16 mars 1896 (*Giustizia amministrativa*, III, p. 53) et du 11 juillet 1898 (*Legge*, II, p. 505 et suiv.) Cf. SANTI ROMANO dans ORLANDO, III, p. 591 et suiv.

(4) ORLANDO, *Trattato*, III, p. 815.

240. M. Vacchelli observe, d'ailleurs, qu'à vrai dire, il ne s'agit pas là d'une règle qui, au moins dans son principe, soit établie uniquement en vue de l'application à la détermination de l'étendue du contrôle que l'autorité judiciaire est appelée à exercer sur les relations entre administrateurs et administrés; que, même quand ils jugent des contestations qui s'élèvent uniquement entre particuliers, les tribunaux n'ont pas, d'ordinaire, à décider de l'opportunité et de l'utilité spéciale des faits qui leur sont soumis, mais uniquement de leur valeur légale; et que, par conséquent, quand on dit que l'autorité judiciaire ne peut pas prononcer sur le mérite des actes administratifs, on ne fait qu'appliquer, au cas concret des appréciations qui sont réservées en propre à la compétence de l'administrateur, le principe général qui limite la compétence des juges à apprécier la conformité d'un fait aux normes générales et objectives de la loi préétablie (1). Mais lui-même reconnaît que ce principe est loin de s'appliquer d'une façon rigoureuse dans le champ des relations privées; qu'il comporte dans le domaine du droit civil — que serait-ce si on abordait le domaine du droit pénal ou même celui du droit commercial — des exceptions vraiment caractéristiques, comme celle que formule l'article 544 du Code civil en invitant le juge à concilier les intérêts de l'industrie et de l'agriculture avec les égards dus à la propriété. Si le principe en question est déjà en germe dans les lois générales d'organisation de la fonction judiciaire, sous la forme d'un précepte assez flexible et quelque peu fuyant, il faut bien avouer qu'il prend une physionomie plus arrêtée, dans le champ

(1) VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale*, dans ORLANDO, III, p. 452.

du droit administratif, en s'y réfléchissant au travers du principe de la séparation des pouvoirs. Il doit ici s'appliquer avec beaucoup plus de rigidité, comme l'indiquent les dispositions combinées des articles 4 et 5, parce qu'il prend une importance sociale exceptionnelle, parce qu'il ne serait pas possible de laisser usurper par les juges ordinaires le droit de reviser les appréciations techniques des spécialistes préposés à la gestion des diverses branches de l'administration active sur les mesures à prendre pour assurer la défense des intérêts collectifs dont ils ont la garde, sans compromettre gravement la marche régulière et intelligente des services publics et surtout l'unité et la cohésion indispensables à l'action administrative.

211. Les diverses restrictions que l'article 4 apporte au contrôle exercé par les tribunaux judiciaires pour la défense des droits individuels ne s'appliquent, bien entendu, qu'autant que l'acte, auquel s'est heurté le droit subjectif qui réclame protection, est réellement un acte administratif. Ces limitations disparaîtraient et le juge recouvrerait la même liberté d'investigations qu'en présence d'une opération de pur droit privé, si l'acte incriminé ne réunissait pas les éléments essentiels pour lui permettre d'être rangé dans la catégorie des actes administratifs. Les interprètes de la loi de 1865 s'entendent tous, semble-t-il, pour admettre en principe la nécessité de cette réserve. Mais l'accord cesse entre eux dès qu'il s'agit d'en définir la portée. Qu'est-ce qu'un acte administratif? A quels signes le reconnaît-on? Il ne suffit pas, sans doute, qu'un acte émane matériellement d'un administrateur pour mériter cette qualification et s'imposer comme tel aux magistrats

de l'ordre judiciaire. Mais quelles sont, parmi les règles qui régissent l'émission des actes administratifs, celles qui sont tellement essentielles que l'acte qui les méconnaît cesse par là même de pouvoir être classé au nombre des actes administratifs? On rencontre ici les opinions les plus variées et les plus discordantes. On se rendra aisément compte du désordre qui règne à cet égard dans la doctrine en parcourant les lignes que consacre à la matière l'écrivain, pourtant habituellement précis et méthodique, qu'est M. Vacchelli (1). Sur ce point la doctrine italienne offre un contraste frappant avec la cohésion et la belle ordonnance qui caractérisent la jurisprudence de nos tribunaux mixtes.

(1) VACCHELLI, *l. c.*, p. 448 et s.

SECTION III

L'Avortement partiel de la Réforme de 1865.

Ses causes

212. Pas plus que le système de la Constitution belge, le système de la loi de 1865, dont nous venons de retracer l'économie générale n'a produit les fruits escomptés par ses auteurs. Nous pouvons répéter pour l'Italie ce que nous avons dit pour la Belgique. Il est incontestable — les écrivains du pays sont à peu près unanimes à le reconnaître — que la jurisprudence des tribunaux judiciaires italiens est loin, à l'heure actuelle, d'assurer la défense des droits individuels à l'encontre de l'arbitraire administratif d'une façon aussi large et aussi efficace que la jurisprudence administrative française. L'avortement des espérances généreuses, du large idéal de libéralisme politique dans lesquels avaient communiqué les réformateurs de 1865, a été dû, sans doute, en partie, mais dans une mesure en réalité assez limitée, à la fissure que ceux-ci avaient eu l'imprudence de pratiquer eux-mêmes dans leur œuvre, en écrivant l'article 13. Ce texte étend provisoirement à toute l'Italie la loi sarde du 20 novembre 1859 qui confie le règlement des conflits entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative au Conseil d'Etat, mais qui s'est en même temps trouvée modifiée dans son fonctionnement pratique par le contre-coup de l'article 10 n° 1 de l'annexe D de la loi du

20 mars 1865 qui consacre, en ce qui concerne l'exercice des attributions contentieuses du Conseil d'Etat, une réforme semblable à celle qu'a réalisée en France la loi du 24 mai 1872, et en vertu duquel la haute assemblée administrative statue désormais avec une juridiction propre et définitive, au lieu de donner simplement, comme elle l'avait fait jusque-là, des avis préparant la décision du chef de l'Etat (1). Solution d'attente consacrant, avec une amélioration cependant, le maintien du régime existant en attendant l'intervention, que l'on prévoyait nécessaire et prochaine, d'une loi spéciale sur la matière. Solution d'expédient, adoptée sans discussion sérieuse (2), à un moment où la Chambre des Députés, lasse de longs débats et désireuse de faire passer au plus tôt dans le domaine de la réalisation les dispositions antérieurement votées, avait hâte de clore la délibération et n'était plus disposée à traiter le problème du solutionnement des conflits entre autorité administrative et autorité judiciaire, qui lui semblait exiger une étude indépendante, comportant un travail d'assez longue haleine. Solution qu'expliquent, sans doute, les circonstances historiques, et avant tout l'espoir, que l'on nourrissait alors, que la question serait prochainement l'objet d'un règlement réfléchi et définitif, mais qui n'en

(1) SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, dans ORLANDO, III, p. 1186 et s.

(2) La question du solutionnement des conflits avait bien été abordée par la Chambre des Députés dans ses séances des 20 et 22 juin 1864, mais l'Assemblée, sans l'examiner à fond l'avait alors tranchée dans des termes moins généraux et plus transactionnels que ne le fait l'article 13. Cet article tire, en réalité, son origine des travaux de la Commission d'unification administrative qui en a elle-même emprunté le principe à la Commission parlementaire chargée de l'examen du projet de loi sur le Conseil d'Etat. Cf. DUBOIS, *l. c.*, p. 250-252.

était pas moins en contradiction flagrante avec l'esprit général de la loi sur le contentieux administratif, et qui, tant que durerait le régime provisoire qu'elle consacrait, était appelée à fournir à cet organe puissant et actif de l'autorité administrative, qu'est le Conseil d'Etat, les moyens de paralyser l'application des mesures de protection qu'on venait de créer au profit des droits individuels à l'encontre de l'omnipotence du pouvoir exécutif.

213. Aussi, dès 1871, M. Mantellini constatait-il, dans son étude sur le conflit d'attribution, que, grâce à la disposition de l'article 13, la réforme de 1865 n'arrivait pas à donner les résultats prévus et même menaçait, sur certains points, de se retourner dans une direction opposée à celle qu'avaient voulu lui imprimer ses auteurs, parce que la jurisprudence du Conseil d'Etat, reflétant naturellement les préventions et les tendances de la haute administration systématiquement hostile au développement du contrôle de l'autorité judiciaire sur ses relations avec les administrés, profitait de la souplesse et de la flexibilité de la distinction des intérêts et des droits qui, comme nous l'avons constaté, fournit, dans l'esprit, sinon dans le texte de la loi de 1865, le critère de délimitation entre la compétence de l'administration active et celle des tribunaux, pour élargir progressivement la notion des intérêts, et par conséquent la sphère des pouvoirs discrétionnaires de l'administration, aux dépens de la notion des droits, donc du cercle de protection judiciaire(1). Mais cette cause de déperdition de forces pour la loi de 1865 n'a été que passagère. La situation d'attente qu'avait prévue son

(1) MANTELLINI, *Conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa*, p. 120-124.

article 13 a pris fin en 1877, grâce aux efforts de M. Mancini pendant son ministère. On a abandonné à cette époque la méthode sarde de règlement des conflits, que le législateur de 1865 avait maintenue en l'étendant et en la modifiant, pour se ranger à la solution exactement opposée, à la seule, parmi les solutions simples et radicales, qui soit en harmonie avec le génie du système belge, à celle que nous avons déjà trouvée consacrée dans la Constitution de 1831, à celle qui donne le dernier mot en la matière à l'autorité judiciaire.

214. La loi du 7 avril 1877 (1) « sur les règlements de compétence entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative » (2) est venue, en effet, retirer le jugement des conflits au Conseil d'Etat pour le confier à la Cour de Cassation de Rome (3). En dehors du moyen de défense à l'encontre des risques d'empiètement judiciaire — moyen plus usuel et plus pratique — que lui ouvre le droit commun et qui consiste à opposer, dans les affaires où elle est partie, l'exception d'incompétence, la loi de 1877 ouvre à l'administration, par ses articles 1 et 2, un recours extraordinaire, introduit par arrêté préfectoral, ayant pour effet de suspendre la procédure, susceptible d'être

(1) Une traduction française avec notice est parue dans *l'Annuaire de législation étrangère*, publié par la Société de législation comparée, 1878, p. 334 à 338.

(2) Sur les controverses doctrinales, — qui apparaissent déjà à l'époque de la discussion de la loi de 1865, qui depuis ont pris une plus grande place dans la science italienne, — que prétend résoudre le titre donné à cette loi, et qui l'ont amenée à éviter l'emploi de l'expression française, conflit d'attribution : SANTI ROMANO, dans ORLANDO, III, p. 1182 et la littérature citée par lui à la note 2.

(3) Cf. LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, I, p. 77. — JACQUELIN, *Juridiction administrative*, p. 324.

employé, si l'administration est partie au procès, tant que l'affaire n'est pas jugée définitivement en premier ressort, si elle n'est pas partie, tant que l'autorité judiciaire n'a pas rendu de décision passée en force de chose jugée sur la compétence et qui tend à provoquer directement sur la question de compétence un arrêt de la Cour de Cassation. Son article 3 réserve aux chambres réunies de la Cour de Cassation de Rome la mission :

1° De statuer sur le recours exceptionnel réglementé dans les articles 1 et 2;

2° De régler la compétence entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative quand l'une et l'autre se sont déclarées incompétentes;

3° De juger les conflits de juridiction positifs ou négatifs entre les tribunaux ordinaires et d'autres juridictions et d'annuler les décisions de ces juridictions pour incompétence et vice de forme.

De cette disposition finale de l'article 3, donnant à la Cour de Cassation romaine un droit général d'annulation pour incompétence à l'égard de toutes les *juridictions spéciales*, cette haute assemblée judiciaire a cru pouvoir conclure dans quelques-uns de ses arrêts, après le rétablissement en 1889 d'un contentieux administratif général, à l'existence à son profit d'un contrôle, au point de vue de la compétence, sur les décisions rendues par le Conseil d'Etat, dans l'exercice de sa juridiction d'ordre général, en matière d'annulation pour incompétence et violation de la loi (1). Cette jurisprudence de la Cour de Cassation

(1) Voir l'énumération de ces arrêts dans ORLANDO, *Trattato*, III, p. 755.

romaine, qui aboutit à placer la juridiction administrative normale, rétablie par les lois de 1889 et de 1890, sous la surveillance et dans la dépendance de l'organe supérieur de l'autorité judiciaire, a donné naissance, dans la doctrine italienne, à toute une littérature critique et a soulevé d'ardentes controverses (1), dans l'examen desquelles nous n'avons pas à entrer; car la loi de 1877, et, à plus forte raison, les développements qu'elle a reçus, en se combinant avec les lois réorganisatrices du Conseil d'Etat, constituent des retouches au mécanisme primitif de la loi sur le contentieux administratif, qui ne datent que d'une époque postérieure à celle où la réforme de 1865 a exercé son influence d'exemplarité sur les institutions du droit mixte égyptien.

245. Il nous suffit de constater que l'obstacle qui avait paru, au premier abord, à des observateurs attentifs, comme M. Mantellini, constituer la raison d'être de l'impuissance de la loi de 1865 à faire pénétrer son idéal dans la pratique, a été définitivement levé en 1877 et que l'on a substitué alors à la disposition dangereuse de l'article 13 un règlement du conflit entre autorités aussi favorable que possible à l'autorité judiciaire. Et pourtant la situation, que dénonçait en 1871 M. Mantellini, n'a pas changé à la suite de l'émission de la loi de 1877, ou, du moins, elle ne s'est pas modifiée dans un sens favorable à l'extension de la défense du droit individuel. L'insuccès de l'œuvre réfor-

(1) Cf. ORLANDO, *l. c.*, p. 754 et suiv., 794 et suiv. — GIRIODI, *La IV Sezione del Consiglio di Stato e la sua autonomia di fronte alla Corte di Cassazione*, dans la *Legge*, 1893, n° 19, et la bibliographie dans ORLANDO.

matrice de 1865 est plutôt allée s'accroissant depuis lors. Devenue libre de ses mouvements, la jurisprudence judiciaire s'est montrée fort peu disposée à exercer dans toute leur ampleur les attributions qui lui avaient été assignées en matière de contentieux administratif. Elle s'est astreinte à les cantonner dans un cercle beaucoup plus restreint que ne l'avait voulu le législateur de 1865, en reprenant pour son usage, et en appliquant avec plus de rigueur que jamais une distinction empruntée à la doctrine française, que le Conseil d'Etat avait déjà employée pour combattre la pénétration dans la pratique des dispositions de la loi de 1865, de même que la jurisprudence belge l'avait utilisée pour réagir contre les conceptions libérales des auteurs de la Constitution : la distinction des actes de gestion, considérés comme seuls susceptibles d'être soumis à un contrôle judiciaire dans l'intérêt des droits individuels qu'ils pourraient léser, et des actes d'autorité ou de commandement, échappant radicalement à l'appréciation, même occasionnelle, des tribunaux de droit commun. Cette distinction qui date, par ses origines, d'un temps où la doctrine italienne, alors peu développée et surtout peu centralisée, était encore tributaire, surtout dans le domaine du droit administratif, de la science juridique française, est devenue d'un usage courant dans la pratique judiciaire italienne de la fin du xix^e siècle et elle y joue encore à l'heure actuelle un rôle important (1). L'opposition ainsi faite entre les actes de gestion et les actes d'autorité, vivement critiquée d'ailleurs

(1) Pour l'analyse de cette jurisprudence, Cf. CLEMENTINI, *Della competenza e dei procedimenti speciali*, I, Turin, 1892, p. 316 et suiv.

par une partie de la doctrine récente (1), est incontestablement une création purement prétorienne, résultat d'une réaction contre les idées fondamentales de la loi de 1865.

216. Elle est, en effet, en opposition manifeste avec l'ensemble des dispositions de la loi sur le contentieux administratif. Au cours des débats devant la Chambre des Députés, M. Soli avait bien proposé de l'introduire dans le texte des articles 2 et 3 et il avait demandé, dans ce but, que l'on substituât à la distinction entre les droits et les intérêts, à laquelle la commission s'était arrêtée pour fixer la délimitation entre les contestations soumises et les contestations soustraites à la connaissance de l'autorité judiciaire, une distinction tirée de la nature des actes administratifs incriminés et qui aurait placé sous le régime de l'article 2 les actes de l'administration *partie*, c'est-à-dire agissant en qualité de personne privée, et sous le régime de l'article 3 les actes de l'administration *pouvoir*, c'est-à-dire se prévalant de sa qualité de personne publique. Mais l'amendement qu'il avait formulé en ce sens ne fut pas pris en considération et il résulte des observations échangées à cette occasion entre lui et M. Mosca que, dans la pensée de la majorité de la Chambre, la précision que prend soin de formuler l'article 3, en disant qu'il défère à l'autorité judiciaire les contestations dans lesquelles est mis en cause un droit civil ou politique « *de quelque façon que puisse y être intéressée l'administration publique* », a eu

(1) Elle est tout particulièrement attaquée par VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale*, dans ORLANDO, III, p. 436 et suiv.; p. 447. — LUCCHINI, *Questioni di diritto*, Florence, 1898. — MORTARA, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, p. 149 et suiv. — SANTI-ROMANO, dans ORLANDO, III, p. 547 et 607.

pour but d'empêcher qu'on puisse être tenté de distinguer entre les cas où l'administration se présente comme *partie* et ceux où elle se présente comme *pouvoir*. Cette portion des procès-verbaux des discussions de la Chambre montre aussi que le membre de phrase qui termine l'article 2 « nonobstant les *mesures* prises à ce sujet par le *pouvoir exécutif* ou l'autorité administrative » est destiné à indiquer que la protection judiciaire s'étendra aux droits les plus personnels, tels que la liberté individuelle ou l'inviolabilité du domicile, que viendraient à léser des mesures administratives, mesures administratives qui ne peuvent évidemment s'entendre que d'actes d'autorité, seuls susceptibles de produire pareils effets. La mention du *pouvoir exécutif*, à côté de l'*autorité administrative*, au premier abord un peu étrange, achève enfin de mettre en lumière l'intention où était le législateur de ne pas laisser en dehors du cercle d'application de l'article 2 les mesures prises par les administrations publiques en vertu de leurs pouvoirs de commandement (1).

217. La distinction de l'acte d'autorité et de l'acte de gestion trouve d'ailleurs une condamnation non moins formelle dans l'article 5 qui, comme nous l'avons vu, ne fait que déduire l'une des conséquences particulières de l'article 4; qui, comme ce dernier, met en œuvre, en en déterminant les limites, le pouvoir de contrôle que l'article 2 confère à l'autorité judiciaire en matière administrative dans l'intérêt de la tutelle des droits privés, et qui autorise les tri-

(1) DUBOIS, *l. c.*, p. 228, 233, 234. — JACQUELIN, *l. c.*, p. 307, et les procès-verbaux des séances de la Chambre des Députés italienne des 14 et 15 juin 1864, à leur date dans les *Atti Parlamentari*.

bunaux à examiner à cette occasion la légalité, non pas seulement des actes administratifs ordinaires, mais aussi des règlements qui, par définition, sont des actes d'autorité, et que l'article 2 avait déjà compris formellement dans sa disposition, en attribuant à la compétence des tribunaux judiciaires, en même temps que les contestations relatives à la lésion de droits civils ou politiques, *les procès pour contraventions*, qui se lient nécessairement à des règlements et mettent, dès lors, en jeu les pouvoirs de commandement de l'autorité administrative. L'article 4 lui-même, dans tout l'ensemble de sa teneur, et notamment en ordonnant aux tribunaux de ne « connaître des effets de l'acte que par rapport à l'objet du procès » semble viser beaucoup plus encore l'acte d'autorité, de portée générale et d'allure impersonnelle, que le simple contrat administratif. Enfin, il suffit de parcourir la liste des exceptions et des tempéraments, que la loi sur le contentieux administratif apporte à la compétence attribuée par l'article 2 aux tribunaux judiciaires, pour s'apercevoir qu'une bonne moitié vise des actes d'autorité. Tel est le cas de l'article 6, qui écarte de cette compétence un certain nombre de questions relatives à la perception ou à la répartition de l'impôt, en laissant les autres à la connaissance de l'autorité judiciaire. Tel est aussi le cas de l'article 7 qui, dans le cas de grave nécessité, permet exceptionnellement à l'administration d'exécuter immédiatement — sans attendre le prononcé du jugement sur la réclamation formulée par le titulaire du droit lésé — les actes par lesquels elle dispose de la propriété privée. Comment pourrait-elle en disposer, surtout dans les conditions prévues par ce texte, autrement que par des actes d'autorité?

218. En présence de la clarté individuelle des textes de la loi sur le contentieux administratif et de la forte impression d'ensemble qui s'en dégage, il est à peine utile d'ajouter avec quelques auteurs italiens (1) que, si le législateur de 1865 avait voulu exclure la compétence judiciaire pour les actes administratifs d'autorité, il aurait dû le dire expressément et procéder à leur égard comme le fait, en ce qui concerne *l'acte politique* — catégorie plus étroite, apparentée à la notion française des actes de gouvernement (2) — l'article 24 de la loi du 2 juin 1889 qui prend soin de spécifier que « le recours au Conseil d'Etat n'est pas admis, s'il s'agit d'actes ou de mesures émanées du Gouvernement dans l'exercice du pouvoir politique ». Le silence du législateur constituerait, sans doute, un indice déjà grave dans le sens d'une origine purement prétorienne de la distinction en question ; mais il n'est pas vrai que le législateur de 1865 ait observé le silence à son égard. Toute son œuvre, l'ensemble aussi bien que les détails, dénote la volonté bien arrêtée de ne point en assumer la paternité.

En transplantant dans un système édifié sur des bases différentes un élément emprunté aux formes anciennes de la théorie française du contentieux administratif, on devait nécessairement — et telle a été la raison d'être de cette transplantation — aboutir à des résultats fort analogues à ceux que nous avons déjà vu se produire en Belgique sous l'empire des mêmes causes. Comme le dit assez judicieusement M. Vacchelli, l'autorité judiciaire, en niant sa propre compétence pour les actes d'autorité,

(1) VACCHELLI, *l. c.*, p. 437.

(2) ORLANDO, *Trattato*, III, p. 902-908.

a renoncé à son office de défendre les droits des citoyens envers les administrations (1) ou, tout au moins, car la formule de l'écrivain italien est peut-être un peu trop large dans sa simplicité et sa concision, elle a abdiqué la partie la plus importante de cette fonction tutélaire. Les conséquences de cette attitude de défiance et de réserve se sont fait tout particulièrement sentir en ce qui concerne le développement de la responsabilité de l'Etat. Nous avons déjà constaté que le système belge — ce qui est vrai de sa forme originelle l'est également de la forme italienne comme de toutes ses formes — ne saurait à lui seul fournir ni la réglementation de détail ni même toutes les lignes générales d'une théorie de la responsabilité de l'Etat, mais qu'il assure tout au moins à cette théorie la liberté de se développer, sous l'action de la loi et de la jurisprudence, avec toute l'ampleur que comportent les conceptions de la légalité et de la juridicité régnantes dans chacun des temps et des milieux divers où il s'applique; que, sans jamais permettre aux tribunaux — à moins toutefois que leur concours ne soit sollicité pour atteindre le résultat en question — d'empêcher la consommation matérielle des empiétements que l'autorité administrative peut être amenée à commettre à l'encontre des droits individuels (2), elle leur fournit cependant les moyens d'imposer à la puissance publique la respon-

(1) VACCHELLI, dans ORLANDO, III, p. 447.

(2) Le législateur de 1865 a vainement essayé d'obtenir ce résultat, inconciliable avec la logique du principe, et nous avons vu que ses successeurs n'ont pu atteindre, et fort imparfaitement d'ailleurs, au but qu'il visait, que par le moyen d'un emprunt fait en 1889 au système français du contentieux administratif, et en chargeant le Conseil d'Etat du soin d'obliger l'administration active à se conformer à la sentence de la juridiction ordinaire.

sabilité indemnitaire, la réparation, non pas en nature, mais au moins en équivalent, des dommages que ses organes d'administration peuvent infliger aux particuliers, soit par suite d'usurpation ou de détournements de pouvoirs, soit par suite d'un emploi irrégulier ou excessif de leurs prérogatives. Mais il cessera d'en être ainsi et le dogme antique de l'irresponsabilité de la puissance publique pourra faire sa réapparition, même dans un pays officiellement doté du système belge, si les tribunaux de ce pays se refusent systématiquement à remplir leur contrôle de légalité et leur mission de défense du droit individuel, toutes les fois qu'ils se trouvent en face de ceux-là précisément d'entre les actes des administrations publiques qui, par l'énergie de leurs effets et par l'origine de leur force de contrainte, sont de nature à causer aux administrés les plus graves et les plus fréquents dommages, c'est-à-dire des actes d'autorité ou de commandement. C'est ce qui s'est produit en Italie. Quelques-unes des conceptions les plus avancées de la responsabilité de la puissance publique ont, sans doute, trouvé écho dans la littérature scientifique d'Italie et certaines y comptent même d'ardents défenseurs. Mais il n'en reste pas moins vrai que cet important chapitre de la réglementation des rapports entre administrateurs et administrés n'existe encore qu'à l'état tout à fait rudimentaire et embryonnaire dans la jurisprudence italienne.

219. Comment expliquer l'avortement final des espérances qu'avait fait naître et que pouvait légitimement donner la législation de 1865? Les causes en seraient peut être difficiles à démêler du dehors et nous risquerions, en les exposant nous-même d'après autrui, de ne pas tenir compte de

toutes les nuances nécessaires. Il sera préférable, pour obtenir sur ce point des renseignements éclairés, de nous adresser à l'homme le plus compétent, à l'écrivain qui est considéré à l'heure actuelle comme le principal représentant de la science du droit administratif italien, M. Orlando. « En Italie, écrit-il, au début de sa monographie sur la justice administrative, l'adoption du système — théoriquement si libéral et si louable — de la juridiction unique s'est opérée alors que le pouvoir judiciaire traversait des conditions opposées à celles que nous imaginons en ce moment (coexistence d'un corps de magistrature judiciaire joignant à la fierté de son indépendance la tradition d'un antagonisme profond avec les représentants de l'administration active et, d'un pouvoir exécutif qui, par les conditions spéciales du moment historique, a besoin d'une complète liberté d'action et d'une exceptionnelle vigueur) et qui ont trouvé une si remarquable réalisation en France, expliquant pourquoi y a prévalu et s'est maintenu le système plus rigoureux du *contentieux administratif*. Il nous répugne absolument de nous faire l'écho des nombreux et graves doutes qui se sont élevés sur la correspondance générique entre la valeur de la magistrature italienne et la tâche très élevée qui lui a été confiée. Mais, sans manquer au respect dû, nous pouvons bien relever le fait indiscutable que, en ce qui regarde l'exercice de la juridiction administrative, il semble bien que les théories présumées reçues par les écrivains, se sont, en Italie, vérifiées à l'envers.

« C'est une présupposition théorique que celle d'une magistrature travaillant avec essoufflement à dominer et maîtriser le pouvoir exécutif, cupide de s'en approprier les prérogatives ou de les limiter dans son intérêt. En

Italie, le résultat a été précisément opposé et la magistrature a démontré, en général, une timidité considérable dans l'exercice des attributions qui paraissent limiter la liberté du pouvoir exécutif. Certes, il ne servirait à rien de nier que cela peut être dû, pour une part contributive, à *l'indépendance insuffisante des membres du pouvoir judiciaire à l'égard de l'exécutif. L'immovibilité de ceux-ci est rendue insuffisante, étant limitée à l'office et non à la résidence. En outre la multiplicité des échelons, dans lesquels se distingue la carrière du magistrat, fait que celui-ci a beaucoup à espérer; ce qui, en pratique, finit par déterminer des sentiments analogues à ceux de celui dont il a beaucoup à craindre.*

« Mais, à part les considérations de pareil genre — que certains exagèrent, tombant dans un défaut opposé — la vérité est que *l'autoritarisme est, pour ainsi dire, enseigné naturellement dans le sentiment dominant de la magistrature italienne.* Les causes en sont nombreuses et complexes. Pour les énumérer et les développer toutes, il faudrait un traité de psychologie politique. Il manque, en fait, chez nous, cet esprit de corps que la longue tradition historique a rendu si énergique dans la magistrature française. Au contraire, par le mode de sa formation, par sa constitution interne, la magistrature apparaît un *fonctionnariat* qui, loin de se considérer en antagonisme avec le fonctionnariat d'origine administrative, y voit plutôt un collègue et un compagnon. L'esprit de corps agit donc à rebours de ce que théoriquement on pourrait supposer et crée plutôt une solidarité qu'un antagonisme.

« Ajoutons que le contrôle sévère, rigide et sans autre préoccupation que la justice, sur l'action du Gou-

vernement et de l'administration impose de graves responsabilités. La sentence d'un modeste prêteur ou d'un obscur tribunal de province peut frapper d'une censure indirecte, mais grave, l'acte du Préfet, du Ministre, du Souverain même. Pis encore, la responsabilité peut concerner une question d'intérêt public, car il est aussi fréquent que commode que l'autorité excuse l'illégalité commise en la motivant par le salut public ou la *suprema lex*. Pour que la magistrature assume pareille responsabilité, il faudrait, non seulement, une autorité bien plus grande que celle dont on l'entoure en Italie, mais il faudrait aussi une vigoureuse solidarité collégiale, de manière que dans l'acte disparaisse la personne — qui peut être humble — du juge pour ne subsister que l'entité collective d'un corps qui se sent, qui s'affirme souverain et se fait valoir comme tel ».

Et, après avoir montré que le phénomène dont il recherche les causes peut aussi s'expliquer en partie par un défaut d'équilibre et de correspondance entre le caractère formellement libéral des institutions de 1865 et le degré d'avancement au point de vue de la culture et de l'éducation politiques des populations qu'elles étaient destinées à régir, M. Orlando clôt ses remarques si judicieuses, si empreintes de l'esprit d'impartialité, par la conclusion suivante : « Pour ces raisons et pour d'autres sur lesquelles nous préférons ne pas insister, on ne peut nier — *c'est l'impression générale* — que la magistrature italienne accomplit la tâche qui lui a été confiée par la loi de 1865 d'une manière peu conforme à l'esprit libéral dont la réforme était animée » (1).

(1) ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, dans son *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 1901, III, p. 635-637.

220. Inutile d'aller chercher plus loin les raisons d'être de l'insuccès de la réforme de 1865, car M. Orlando a visiblement mis le doigt sur la plaie. L'avortement pratique de la tentative libérale de 1865 n'est pas dû à des sortes de vices cachés et rédhibitoires que recèlerait en lui-même le système belge. Il tient uniquement à l'imperfection des organes judiciaires qui ont été chargés de sa mise en œuvre. L'absence d'indépendance par rapport aux représentants du pouvoir exécutif, le défaut d'esprit de corps, l'insuffisante organisation de la collégialité, la provenance fonctionnariale de la magistrature ont fait en Italie ce qu'avaient déjà fait en Belgique l'ingérence des partis dans le recrutement du haut personnel des tribunaux et la liaison de la politique avec la justice. Dans aucun des pays européens, pas plus en Italie qu'en Belgique, l'essai du système, qui sert de base commune à la Constitution belge de 1831 et à la loi du 20 mars 1865, n'a été poursuivi dans des conditions de patience et de sincérité qui puissent permettre de juger en connaissance de cause ce qu'il peut réellement valoir et quel est le bilan normal de ses avantages et de ses inconvénients naturels. L'expérimentation locale et sincère n'en a jamais été faite, à notre connaissance, qu'en Egypte, à la suite de sa transplantation en 1875 dans nos institutions d'origine internationale, par l'intermédiaire de l'article 11 du R. O. J.

CHAPITRE III

L'Epanouissement du système italo-belge dans la jurisprudence des tribunaux mixtes

221. Le système italo-belge a trouvé chez nous, dans son application aux rapports entre les administrations publiques et les ressortissants et protégés de puissances étrangères, un terrain de développement exceptionnellement favorable. Grâce à sa consécration par un document qui a une valeur, non pas de simple droit constitutionnel interne, mais de droit constitutionnel international, il a pu se dérouler librement en Egypte, dans toute son ampleur, sans avoir à craindre ni la compression des institutions administratives antérieures ni les tentatives de réaction, soit de l'autorité administrative, soit même des organes indigènes de l'activité législative. Son fonctionnement n'y a jamais été entravé par des contre-poids ou des freins ralentisseurs semblables à ceux qu'il a rencontrés en Italie sous la forme de la garantie administrative, institution déjà impopulaire en France à l'époque de l'élaboration première de la Réforme judiciaire et que nul n'a alors songé à acclimater en Egypte. La libre extension

n'en a point été, non plus, entravée et endiguée, par des mesures de contrôle extérieur et par des limitations pratiques de l'exercice de la compétence judiciaire analogues à celles qui ont fonctionné en Italie de 1865 à 1877. Car, même en matière administrative, le R. O. J. maintient jusqu'au bout intact le principe que les tribunaux de la Réforme sont juges de leur compétence. Non seulement il se garde bien des contradictions logiques où était tombé le législateur de 1865 en déférant le jugement des conflits entre autorités administratives et autorités judiciaires à l'un des organes délibérants de l'autorité administrative, mais il n'accepte pas la solution transactionnelle, inspirée par le désir de respecter l'indépendance respective des deux autorités, qu'avait esquissée la législation révolutionnaire de 1849 et que reprenait, à ce moment même, la loi française de 1872, en créant le tribunal des conflits. Il se refuse même à organiser aucune procédure spéciale de conflit, aboutissant ainsi directement au résultat auquel la pratique belge est arrivée indirectement par suite de l'impossibilité de faire fonctionner le mécanisme théorique d'élévation du conflit prévu dans l'article 106 de la Constitution, et ne laissant aux autorités administratives, quand elles craignent des empiétements du juge sur leurs attributions, d'autre ressource que celle qui consiste à lui soumettre ces craintes et ces objections par la voie de l'exception d'incompétence.

Les tribunaux de la Réforme, à la différence des tribunaux judiciaires belges et italiens, ont su profiter jusqu'au bout de l'absolue liberté d'allures qui leur était assurée dans l'exercice de leur mission de défense du droit individuel à l'encontre des atteintes administratives. Leur jurisprudence, envisagée dans ses grandes lignes, dans ses

notions vraiment fondamentales et stables, au travers des principes dont les décisions judiciaires déclarent s'inspirer, se présente d'ordinaire à nous comme la mise en œuvre scrupuleusement fidèle, et poursuivie avec une rare correction légale, de tous les éléments essentiels du système italo-belge, devenu égyptien par la consécration de l'art. 11. Si l'application que les tribunaux ont faite de ces principes jurisprudentiels aux espèces individuelles n'a pas toujours été aussi impeccable que la formule donnée aux principes eux-mêmes et si parfois leurs décisions ont soulevé de ce chef des critiques qui n'étaient pas entièrement dénuées de fondement, ces critiques n'ont jamais été dues à la timidité ou à la réserve de leurs interventions en matière administrative, mais, au contraire, à une propension à pousser l'exercice de leurs attributions, par rapport à ce domaine, jusqu'à leurs extrêmes limites qui les a amenés, en certaines occasions, à déborder, sans s'en apercevoir, sur des terrains que l'article 11 soustrait à leurs investigations.

222. Si le système italo-belge, qui n'avait pu que végéter très péniblement, soit dans son pays d'origine, soit dans les milieux italiens, et qui s'y atrophie de plus en plus, a réussi, sur le sol égyptien, à parvenir jusqu'à la pleine croissance et à y pousser de vigoureuses frondaisons, il l'a dû aux conditions très particulières dans lesquelles les autorités judiciaires d'institution internationale s'y trouvent placées par rapport aux détenteurs de l'action gouvernementale. Composé en majorité d'étrangers, que le Gouvernement khédivial ne choisit pas en réalité lui-même, qu'il investit à la suite de présentations faites par les puissances auxquelles ils ressortissent, le personnel des tribunaux

mixtes ne risque pas de refléter, comme la haute magistrature belge, les préoccupations et les passions politiques des hommes qui sont au pouvoir et de subir, dans ses relations avec l'administration active, cette sorte de sujétion, particulièrement étroite, quoique d'ordre moral, qui résulte de l'appartenance au même parti, de la communion dans les mêmes aspirations et les mêmes visées politiques. Dotés d'assez gros traitements pour être prémunis d'ordinaire contre la tentation d'abandonner les fonctions judiciaires pour la carrière administrative, protégés dans leur liberté d'action et leur impartialité par la défense d'accepter, soit d'autres fonctions salariées, soit des distinctions honorifiques, ne pouvant ni être déplacés sans leur consentement ni recevoir un avancement sans l'avis de leurs collègues et le vote de la Cour d'Appel, ne relevant enfin que de cette dernière au point de vue de la juridiction disciplinaire, ils se trouvent, non seulement vis-à-vis des administrateurs, mais même vis-à-vis des chefs du Gouvernement, dans une situation d'égalité et de dignité qui contraste avec l'état de dépendance auquel le magistrat italien est réduit par l'amovibilité de la résidence, par les perspectives de passage du cadre judiciaire au cadre administratif et surtout par la maigreur des traitements, qui, jointe à la multiplicité des degrés d'avancement, l'oblige à se résigner à de longues et répétées sollicitations près des pouvoirs publics pour avoir chance d'atteindre un jour une situation pécuniaire sortable.

223. Cette magistrature, qui possède ainsi une liberté de mouvements qui n'a peut être jamais été réalisée au même degré dans les pays européens, a pris tout naturellement en face du Gouvernement le rôle d'une force rivale et est

entrée fréquemment en antagonisme de vues avec ceux qui dirigeaient le mouvement politique du pays. Ce qui s'explique tout d'abord par la nature même de son institution ; car il ne faut pas oublier que le but de sa création en 1875 a été d'assurer plus fortement, par son intermédiaire, la défense des droits capitulaires des sujets et protégés des puissances étrangères, et que l'on a cherché alors, par la constitution même qu'on lui donnait, à la pousser, en cas de conflit entre les intérêts du Gouvernement égyptien et ceux des étrangers établis en Egypte, à prendre plus particulièrement en considération la seconde catégorie d'intérêts, les intérêts individuels et à apporter, à l'exercice de leur tutelle, toute l'énergie compatible avec le respect de la légalité. Cela tient aussi à ce que ceux de ses membres, qui sont recrutés en dehors de l'Egypte et qui constituent la majorité, — ne le perdons pas de vue, — sont imprégnés par leur origine, par leur culture, par leurs relations, de la mentalité des colonies européennes bien plutôt que la mentalité, souvent bien différente, des cercles dirigeants de la politique locale, et qu'ils peuvent d'autant plus aisément se considérer comme les représentants et les gardiens judiciaires des intérêts de leurs co-nationaux que beaucoup d'entre eux ont été fréquemment appelés à jouer officiellement ce rôle, en intervenant, dans les conférences internationales convoquées aux approches des renouvellements quinquennaux de la Réforme, comme seconds délégués ou comme conseils techniques des agents diplomatiques de leurs nations. Ce caractère de porte-parole officieux et de gérants d'affaires de leurs gouvernements respectifs leur a d'ailleurs été confirmé législativement par la nouvelle réglementation donnée en 1911 à l'article 12 du Code civil mixte et à la procédure d'approbation internationale des lois égyptiennes.

224. On comprend aisément qu'une magistrature, ainsi constituée et animée d'un pareil esprit, ait pu réaliser, au profit de ses justiciables, l'idéal vainement tracé en Europe par la Constitution belge de 1831 et par la loi italienne de 1865. Application intégrale, dans son esprit, et non pas simplement dans sa lettre, du programme inscrit dans les lois de 1831 et de 1865 : tel est le résumé qu'on peut donner d'un mot de tout l'ensemble des développements jurisprudentiels dont l'article 11 a été l'objet. Cette formule suffit à expliquer, sans aucune exception, toutes les données positives de la jurisprudence des tribunaux mixtes. Car la jurisprudence consacre toutes les conséquences, mais ne consacre que les conséquences logiques du système belge de protection des droits individuels, tel qu'il se dégage de la comparaison de la Constitution de 1831 et de la loi du 20 mars 1865, une fois l'élimination réalisée de quelques éléments de particularisme local qui en troublent la précision et l'harmonie, dans l'édition italienne de 1865. Nous avons donc donné à l'avance le commentaire d'ensemble de l'article 11 du R. O. J. en étudiant ses précédents européens. Tous les développements que nous avons consacrés à l'analyse des règles communes à la Constitution belge de 1831 et à la loi italienne de 1865 peuvent être transposés, sans y changer une ligne, à l'interprétation doctrinale de l'article 11 du R. O. J.

225. C'est cette comparaison qui nous expliquera pourquoi les tribunaux mixtes ont donné une si large extension au cercle des droits subjectifs individuels appelés à bénéficier de la tutelle judiciaire qu'organise l'article 11 ; pourquoi ils n'ont jamais limité leur intervention à la défense de celles-là seulement d'entre les facultés juridiques que la

terminologie étroite et conventionnelle du droit civil français désigne sous le nom de droits acquis, en n'envisageant par là que les droits nommés et limitativement énumérés, strictement définis dans leur contenu et leur étendue que consacrent, en en réglementant l'exercice, les dispositions des codes et des lois civiles et commerciales; pourquoi ils ont toujours englobé sous l'expression *droits acquis* qu'emploie l'article 11 pour désigner le périmètre d'intérêts individuels qu'il entend garantir, non pas seulement les droits subjectifs privés des particuliers, mais aussi leurs droits subjectifs publics, parmi lesquels on ne peut, sans doute, assigner qu'une place secondaire, dans la jurisprudence mixte, à ces droits politiques proprement dits, qu'envisagent plus particulièrement la Constitution belge et la loi de 1865, et qui sont fort peu développés pour les justiciables des tribunaux mixtes, quoique leur qualité d'étrangers ou de protégés étrangers ne les en prive pas complètement et que certains projets de Lord Cromer, qui firent grand bruit dans la presse européenne, il y a quelques années, aient même proposé de les organiser très fortement à leur profit; mais au premier rang desquels figure cet ensemble de garanties, particulièrement précieuses, des libertés individuelles qu'on appelle en Europe les droits de l'homme et du citoyen et aussi ces droits administratifs qui naissent, soit de situations juridiques créées par des actes administratifs, soit, en vertu d'une sorte d'effet réflexe, du devoir qui incombe à l'autorité administrative de faire fonctionner dans des conditions rigoureusement définies les divers services publics, ou encore d'obligations, impérieusement déterminées par la loi, qui pèsent sur elle non pas tant dans l'intérêt global de la collectivité que dans l'intérêt individuel de chacun des

citoyens. Nous venons de constater, en étudiant la loi du 20 mars 1865, combien est souple et mobile la distinction entre les *droits* garantis par la protection judiciaire, et les *intérêts*, laissés à la gestion discrétionnaire de l'administration active, qui se trouve à la base de tous les exemplaires possibles du système belge, de l'exemplaire égyptien comme des autres. La jurisprudence des tribunaux mixtes a tiré de la plasticité de cette distinction un parti exactement inverse à celui qu'en avait tiré la jurisprudence italienne. Alors que cette dernière est arrivée, en enfant de parti pris le concept du simple intérêt, à réduire à un amaigrissement extrême la notion du droit susceptible de défense judiciaire à l'encontre des administrations, notre jurisprudence mixte a, au contraire, fait passer dans le champ des droits, en les munissant de la protection de l'article 11, un nombre, de plus en plus grand, de facultés juridiques individuelles. De sorte que, si l'on fait abstraction de l'extension particulière que reçoit la justice administrative en pays latins en s'exerçant sous la forme exceptionnelle du contentieux de pleine juridiction ou de la juridiction de mérite, forme interdite même chez nous à la juridiction civile, on peut dire que la jurisprudence des tribunaux mixtes étend sa protection à l'encontre de l'arbitraire ou des fantaisies administratives à un tout aussi grand nombre de situations juridiques individuelles que la jurisprudence administrative française, même dans son état le plus récent. Et elle le fait sans jamais sortir de la logique du système belge, en se contentant seulement d'user très largement et très libéralement des pouvoirs d'appréciation qui, de par les lois mêmes de ce système, lui sont conférés en ce qui concerne la définition et la mise en œuvre de la distinction des droits et des intérêts.

226. C'est aussi la compréhension des origines historiques de l'article 11 et de ses liens de filiation avec la Constitution belge et la loi du 20 mars 1865 qui nous expliquera que la jurisprudence mixte n'ait jamais hésité à appliquer au droit individuel la protection que lui donne ce texte, aussi bien à l'encontre d'un acte d'autorité qu'à l'encontre d'un acte de gestion du Gouvernement égyptien; aussi bien quand le droit est lésé par un acte de commandement de la puissance publique que quand il souffre de l'activité en quelque sorte commerciale des administrations de l'Etat. La distinction de l'acte d'autorité et de l'acte de gestion, si visiblement contraire à l'esprit même du système belge, que la Constitution de 1831 avait incontestablement voulu écarter, contre laquelle le législateur italien de 1865 avait protesté d'avance si énergiquement dans toute une série de passages de son œuvre et qui, néanmoins, est reparue et s'est solidement implantée dans les jurisprudences belge et italienne, n'a jamais trouvé aucun crédit auprès de la jurisprudence des tribunaux mixtes. Il résulte, nous l'avons vu, de l'économie générale et des travaux préparatoires du *R. O. J.*, que les auteurs de ce document ont entendu placer sous le régime de l'article 10 ce qu'on appelle dans l'ancienne doctrine française l'acte de gestion, et ce que nous préférons appeler, avec certains auteurs italiens, l'acte administratif improprie, celui qui n'est pas l'exercice de prérogatives spécifiquement propres à la puissance publique, et que l'article 11 n'a été écrit qu'en vue de protéger les particuliers contre les actes d'autorité, ceux qui sont la manifestation de la part des administrations publiques égyptiennes de pouvoirs exorbitants du droit commun. Les tribunaux mixtes ne s'y sont jamais trompés et leur jurisprudence, nous le

constaterons, n'a jamais soumis à la réglementation de l'article 11 que les seuls actes de commandement des représentants de la puissance publique (1). Et, en cela encore, ils sont restés dans la logique du système belge dont le rôle essentiel est de protéger les particuliers, non pas tant contre l'activité contractuelle de l'administration que contre l'abus ou le mésusage de ses pouvoirs de commandement et de coercition, et qui perd, dès lors, sa raison d'être dès qu'on prétend soustraire à son empire les actes d'autorité.

227. C'est aussi la connaissance de cette genèse historique de l'article 11 du *R. O. J.* qui peut nous permettre de comprendre et de justifier l'étendue assignée par la jurisprudence des tribunaux mixtes aux pouvoirs d'investigation du juge en ce qui concerne les actes administratifs qui sont déférés à son examen à l'occasion des lésions que l'on prétend avoir été causées par eux aux droits acquis des particuliers; de nous rendre compte notamment que, par là même que la lésion implique nécessairement l'idée d'action sans droit, ou au moins d'abus du droit, de dépassement de droit, ou d'exercice irrégulier ou excessif du droit, chez l'auteur du dommage générateur de lésion, l'attribution aux tribunaux de droit commun de la mission d'accorder réparation aux droits lésés par des mesures administratives entraîne nécessairement la reconnaissance, au profit de ces mêmes tribunaux, du droit, ou plutôt de l'obligation, de connaître de la valeur légale de l'acte administratif par lequel on prétend qu'un

(1) Cf. sur ce point les affirmations, si nettes, si caractéristiques, des arrêts de la Cour d'Appel d'Alexandrie du 21 février 1901 (*B. L. J.*, XIII, 169) et du 14 mai 1908 (*B. L. J.*, XX, 230).

droit a été lésé. Cette liaison indissoluble entre la compétence indemnitaire à l'effet d'assurer réparation aux droits violés et l'examen de la légalité des actes incriminés de ce chef, que proclamaient déjà les articles 92, 93 et 107 de la Constitution belge, et que les auteurs et les commentateurs de l'article 5 de la loi italienne sur le contentieux administratif s'accordent à présenter comme un corollaire nécessaire de l'idée maîtresse du système, a aussi été reconnue, sans la moindre difficulté, par la jurisprudence des tribunaux mixtes.

C'est aussi de l'économie générale du système belge qu'ils ont déduit les limitations qu'ils constatent s'imposer à leur compétence en matière administrative :

1° La défense de connaître de l'opportunité et de la valeur administratives des actes incriminés. Si parfois, dans l'application, ils n'ont peut-être pas très scrupuleusement respecté la délimitation entre l'appréciation de la légalité, qui leur est ouverte, et le jugement du mérite administratif, qui leur est fermé, c'est que cette délimitation, très aisée à définir théoriquement, est beaucoup plus difficile à tracer dans les espèces concrètes, alors surtout qu'on rencontre, dans la matière de la responsabilité de la puissance publique des théories, comme la faute administrative, ou l'entrecroisement des questions de légalité et des questions de mérite technique devient des plus fréquents;

2° La défense de prononcer l'annulation ou la modification de l'acte administratif générateur de lésion, non seulement par voie générale, ce qui serait inconciliable avec la fonction judiciaire, mais même d'une façon relative, par rapport à l'affaire dont ils sont saisis, et au profit

du titulaire du droit lésé, défense qui les conduit, quand ils reconnaissent l'incorrection légale de l'acte administratif en question, à ne tenir compte de cette constatation que, soit pour se refuser à appliquer eux-mêmes cet acte, soit pour accorder des indemnités pécuniaires aux particuliers qui en souffrent, sans intervenir directement pour en empêcher ou en arrêter l'exécution par la voie administrative. Cette seconde règle restrictive a peut-être subi elle aussi dans la pratique quelques accrocs de fait. Mais elle a du moins été toujours officiellement proclamée dans les décisions judiciaires.

228. Enfin, c'est encore par application des idées directrices qui dominent le système italo-belge que la jurisprudence des tribunaux mixtes s'est reconnu le droit et le devoir, avant de s'incliner devant la prescription de l'article 11 — c'est-à-dire de se refuser à ordonner la réparation en nature des empiétements commis sur les droits individuels par des actes émanant d'administrateurs, et de s'abstenir d'en arrêter l'exécution — de rechercher si elle est bien en présence de véritables actes administratifs, c'est-à-dire non pas seulement d'actes accomplis dans les formes légales par des administrateurs agissant dans leur cercle de compétence, mais aussi d'actes qui présentent ce caractère, sans lequel on ne peut pas vraiment dire qu'il y ait acte administratif, d'être pris en vue de la réalisation d'intérêts publics et non de la satisfaction d'intérêts individuels. C'est par la combinaison de deux tâches que lui assigne nécessairement la logique du système italo-belge, appréciation de la légalité des actes administratifs, d'une part, reconnaissance de leur existence en cette qualité, d'autre part, que la jurisprudence des tribu-

naux mixtes est parvenue à édifier, pour la protection du droit individuel, toute une série de théories qui présentent de curieuses similitudes, au point de vue de leur fondement légal, sinon au point de vue de leur manière d'opérer, avec les constructions de la jurisprudence administrative française, et qu'elle a pu bâtir notamment une théorie de l'illégalité, une théorie de l'excès de pouvoirs, une théorie du détournement de pouvoirs, non pas pour aboutir à l'annulation des actes administratifs entachés de ces vices, mais pour se dispenser de prêter son concours à leur exécution, et pour en faire sortir le germe d'indemnités pécuniaires au profit des victimes de ces irrégularités.

LIVRE IV

L'Article 11 nouveau

LIVRE IV

L'Article 11 nouveau

229. BIBLIOGRAPHIE. — Jugement du Tribunal mixte du Caire du 8 juin 1896, dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 488-497. — Arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie du 2 décembre 1896, dans *B. L. J.*, IX, p. 21 et s. — *Circulaire du 15 novembre 1897*, dans *Archives diplomatiques*, 1898, I, LXV, 2^e série, p. 375 et s. — *Note explicative sur ladite circulaire remise par le Gouvernement égyptien à la Commission internationale de 1898*. — *Procès-verbaux de la Sous-Commission internationale de la réforme judiciaire de 1898*. — *Rapport de la Sous-Commission internationale de 1898*. — *Protocoles de la Commission internationale de la réforme judiciaire de 1898*. — *Rapport du conseiller judiciaire pour l'année 1898*, p. 17 et s.; pour l'année 1899, p. 33 et s. — BABLED, *Conclusions pour M. Bouteron dans l'affaire de la Caisse de la Dette*, Le Caire, 1896. — *Le procès de la Caisse de la Dette égyptienne devant la Cour mixte d'Alexandrie* dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 538 et s. — *Le procès de la Caisse de la Dette égyptienne et l'arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie*, même revue, IV, 1897, p. 124-136. — *Le renouvellement des pouvoirs des tribunaux égyptiens de la Réforme* dans la même

revue, VI, 1899, p. 341-379. — PADOA BEY, *Mémoire pour le syndicat Herbault*, Alexandrie, 1896. — PÉLISSIE DU RAUSAS, dans *Revue générale du droit international public*, II, 1895, p. 234 et s. et *Le régime des Capitulations dans l'Empire ottoman*, II, p. 484 et s. — LAMBA, *Condition juridique des Européens*, annexes. — DE HULTS, *Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien*, 1908, I, v^o compétence. — KAUFFMANN, *Le droit international et la Dette publique égyptienne* dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1890, XXII, p. 556, et 1891, XXIII, p. 62 et s.; 160 et s.; 267 et s.; et *Les commissaires de la Caisse de la Dette égyptienne et le droit international* (traduction Babled) p. 5 et s. — POLITIS, *Les emprunts d'Etats en droit international*, p. 239 et s.; 251 et s. et *La Caisse de la Dette égyptienne : ses pouvoirs et sa responsabilité* dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 246 et s. — DESPAGNET, même revue, VI, p. 169-196. — BLANCHARD, même revue, VI, 1899, p. 384 et s. et 1913. XX, p. 433-460. — DELONCLE, *Revue politique et parlementaire*, XVIII, 1898, p. 279 et s. — SAINT-MARC, dans *Revue du droit public*, V, 1896, p. 471 et s.

Nous croyons avoir suffisamment démontré dans le livre précédent que l'article 11, dans sa forme originelle, n'est autre chose que la consécration, en une brève formule, de toutes les règles essentielles du système italo-belge de défense judiciaire des droits individuels, à l'encontre des actes abusifs ou excessifs de la puissance publique. C'est la signification qui ressort, soit de la lettre même de son texte, soit de ses travaux préparatoires et de ses précédents européens, soit de l'ensemble des circonstances historiques qui ont présidé à l'élaboration de la Réforme judiciaire. C'est l'interprétation à laquelle il faut nécessairement recourir pour pouvoir expliquer et concilier

les applications nombreuses et complexes que la jurisprudence des tribunaux mixtes a faites de notre article. C'est celle enfin que le Gouvernement égyptien, au cours des négociations diplomatiques que nous résumerons tout à l'heure, a pu mettre en avant sans crainte de s'exposer sur ce point à des démentis, ni même à des objections. Mais cette signification initiale, l'article 11 l'a-t-il conservée? La question se pose et doit être examinée attentivement. Car cet article a été refondu, et assez profondément modifié au point de vue de sa teneur littérale, par le décret khédivial rendu avec l'approbation des puissances le 26 mars 1900 qui a substitué à la disposition unique de la rédaction de 1875 un texte plus développé en trois paragraphes. La refonte de 1900 est-elle destinée à restreindre, dans l'intérêt de l'Etat égyptien, la puissance d'action et la sphère d'opération de l'instrument de défense du droit individuel dont les auteurs du R. O. J. avaient entendu doter les ressortissants et protégés d'Etats étrangers établis en Egypte? Ou ne constitue-t-elle qu'une revision purement technique, qu'une sorte de remise à neuf tendant à rendre plus sûr et plus aisé le jeu des diverses pièces du mécanisme sans en changer la structure ou l'économie générale? En un mot faut-il y voir une réaction partielle contre le système consacré en 1875, ou une confirmation et un développement de ce système? Pour avoir chance de résoudre avec exactitude cette question, il faut refaire pour la rédaction de 1900 ce que nous déjà fait pour la rédaction de 1875, c'est-à-dire l'éclairer par la confrontation de ses origines. C'est seulement après avoir rappelé, dans un premier chapitre, les faits historiques qui ont conduit le Gouvernement égyptien, en 1897, à réclamer la réfection de l'article 11, et après avoir suivi

en second lieu la marche, souvent difficile, des négociations diplomatiques dont le décret khédivial du 26 mars 1900 a formé le point d'aboutissement, que nous pourrons, dans un troisième et dernier chapitre, rechercher utilement, à la lumière des renseignements ainsi rassemblés, si et dans quelle mesure les modifications de forme que le décret de 1900 a apportées à l'article 11 du *R. O. J.* ont été accompagnées de véritables retouches de fond.

CHAPITRE I

Les origines historiques de la refonte de 1900 et l'affaire de la Caisse de la Dette

230. Le travail de révision critique de l'article 11 qui a abouti à la rédaction de 1900 a été provoqué par une affaire retentissante qui, en 1896, a mis en pleine lumière l'importance et la gravité de l'action que les tribunaux mixtes peuvent être amenés à exercer sur la marche de la politique générale de l'Egypte, même en restreignant leur intervention dans les rapports entre gouvernants et gouvernés au jugement des actions en responsabilité dirigées contre l'Etat à raison d'atteintes aux droits acquis des particuliers. Cette affaire, judiciaire dans sa forme, politique dans son fond, en même temps qu'elle passionna fort vivement les cercles politiques, attira aussi, et à juste titre, l'attention des spécialistes du droit international public, parce qu'elle était de nature à démontrer qu'il est parfois difficile de faire fonctionner dans la pratique les distinctions à l'aide desquelles le système italo-belge s'efforce de concilier les exigences de l'action étatique et le souci de la défense des droits subjectifs des particuliers, notamment l'opposition entre l'appréciation de la légalité et l'appréciation de l'opportunité des actes administratifs,

l'opposition entre la juridiction indemnitaire et la juridiction de mérite, ou l'opposition entre la réparation directe ou en nature et la réparation par voie d'équivalent des lésions causées aux droits individuels par l'activité des administrations publiques. Les circonstances mêmes, dans lesquelles elle se présentait, attestaient qu'il y a certains cas, exceptionnels sans doute, mais vraiment saisissants par la nature et l'étendue des intérêts en jeu, où il devient singulièrement malaisé pour les juges de concilier la double prescription de l'article 11 qui, d'une part, leur défend d'arrêter l'exécution de l'acte administratif incriminé et qui, d'autre part, leur ordonne d'intervenir pour assurer la réparation pécuniaire des dommages injustement infligés aux particuliers par le fonctionnement des actes de commandement de la puissance publique; où ils sont, à peu près inévitablement mis dans l'alternative soit de désobéir à l'ordre d'intervention, soit d'enfreindre la défense que formule cet article. En se montrant dans l'espèce beaucoup plus soucieux d'éviter le premier de ces risques que le second; en arrêtant, en fait, l'exécution d'une mesure d'administration financière de portée politique fort importante, les tribunaux mixtes ont justifié l'accusation que leur avait antérieurement adressée l'un des premiers pionniers de l'occupation anglaise, le futur lord Milner, de constituer la principale forteresse de l'influence internationale en Egypte, et ils ont fourni une occasion fort propice aux gouvernements anglais et égyptien de préciser leurs critiques contre celui des textes du *R. O. J.* qui procurait indirectement aux juridictions de la Réforme les moyens d'intervenir à certaines heures dans la direction de la vie politique du pays.

SECTION I

Les Causes politiques du Conflit financier et juridique de 1896

231. L'affaire judiciaire, qui a été ainsi la cause impulsive de la refonte de l'article 11, se rattache aux premiers épisodes de la célèbre campagne de réoccupation du Soudan par les forces anglo-égyptiennes, qui, sous l'énergique direction du sirdar Kitchener, devait aboutir à l'écrasement du Madhi à Omdurman, au conflit franco-anglais de Fachoda et à la Convention anglo-égyptienne du 19 janvier 1899 relative à la souveraineté et à l'administration du Soudan (1). Elle se lie donc au revirement si caractérisé qui s'est produit en 1895 et 1896 dans la politique soudanienne de l'Angleterre. On se rappelle que cette puissance, pendant les années qui ont suivi immédiatement l'occupation de 1882 avait paru vouloir cantonner strictement son action en Egypte et rompre momentanément les liens qui rattachaient les provinces soudanienues du Nil à notre pays; que, sous l'impulsion de ses diplomates, en dépit des protestations, vite brisées,

(1) Cf. la notice de FRANTZ DESPAGNET dans *Revue générale du droit international public*, 1899, VI, p. 169-196. — COCHERIS, *Situation internationale de l'Egypte et du Soudan*, Paris, 1903, p. 424-436. — BRÉHIER, *Etudes d'histoire contemporaine, L'Egypte de 1798 à 1900*, p. 290 et suiv., et la bibliographie donnée par ce dernier à la page 308.

d'un Ministre des affaires étrangères comme Cherif Pacha et des résistances, plus efficaces, d'administrateurs comme Gordon et Emin Pacha, le Gouvernement égyptien avait dû évacuer progressivement de 1885 à 1888 les territoires soudaniens, jadis conquis par Méhemet-Ali, puis par Ismaïl Pacha (1). Sans doute cette politique d'abstention ne pouvait être que passagère, et s'expliquait surtout comme une mesure de tactique diplomatique destinée à sérier les difficultés auxquelles avait à faire face l'occupation anglaise. L'Angleterre devait vite se considérer comme ayant un intérêt majeur à s'opposer à l'établissement de toute autre puissance occidentale dans des provinces appartenant nominalemeut à l'Egypte et dont les possesseurs pouvaient disposer, sous la forme des eaux du Nil, de la principale source de la richesse économique de l'Egypte. Elle était assez naturellement amenée à penser que le plus sûr moyen de consolider la situation, internationalement précaire, qu'elle venait de prendre dans la vallée inférieure du Nil, consistait à s'établir elle-même à perpétuelle demeure dans les régions supérieures de cette vallée. Mais, après avoir obtenu, le 1^{er} juillet 1890, de l'empire d'Allemagne (2) la reconnaissance de ses revendications théoriques en vue du placement de tout l'ensemble du cours du Nil dans sa sphère d'influence; après avoir réussi à paralyser les velléités d'extension vers la rive droite du Nil de l'empereur Ménélik, en passant avec l'Italie la Convention du 15 avril 1891 (3), qui reconnaissait les prétentions de cette dernière sur

(1) DESPAGNET, *l. c.*, p. 181 et suiv.

(2) *Revue générale du droit international public*, II, 1895, p. 357.

(3) *Revue générale du droit international public*, I, 1894, p. 392.

l’Ethiopie et semblait ainsi devoir créer au Négus des embarras militaires suffisants pour mettre d’ici longtemps obstacle à la réalisation de ses ambitions de conquête ; après avoir cherché enfin à se garantir contre les tentatives de pénétration de la France dans la vallée supérieure du Nil, en éveillant contre elle la rivalité de l’Etat libre du Congo et en concluant avec ce dernier le traité du 12 mai 1894 (1), donnant à bail au roi Léopold, pour la durée de sa vie, la province équatoriale et, pour le temps pendant lequel sa famille régnerait sur l’Etat du Congo, la province de Bahr el Ghazal, l’Angleterre avait cru pouvoir sans inconvénients se tenir sur l’expectative et attendre patiemment l’heure où la décomposition des forces madhistes, qui s’accroissait constamment depuis la mort de Mohammed Ahmed, serait devenue assez complète pour lui permettre de s’emparer sans grand effort militaire des provinces soudaniennes.

232. Cette attitude de réserve patiente de la politique soudanienne de l’Angleterre fut brusquement abandonnée, on le sait, en 1896, à la suite, d’une part, de l’accord passé par la France avec l’Etat du Congo, le 14 août 1894 (2), qui entraînait l’abrogation de fait de l’accord anglo-congolais du 12 mai 1894, des mouvements de la colonne exploratrice Liotard qui, préludant aux exploits du capitaine Marchand, cherchait à passer du Haut Oubanghi dans le Bahr el Ghazal (3) et du mauvais accueil fait par le

(1) *Revue générale du droit international public*, I, 1894, p. 374 et 477. Cf. ROBERT DE CAIX. *Fachoda, la France et l’Angleterre*, p. 49 et suiv.

(2) *Revue générale du droit intern. publ.* I, 1894, p. 477.

(3) DELONCLE, *La question de Fachoda dans Revue politique et parlementaire*, XVIII, 1898, p. 279.

Ministre des affaires étrangères de France, M. Hanotaux (1), aux avertissements formulés à la Chambre des communes, par sir Edward Grey (2), sous l'influence, d'autre part, de l'émotion produite par la défaite décisive infligée à l'armée italienne, le 1^{er} mars 1896, à la bataille d'Adoua, par l'empereur Ménélik qui recouvrait par là la liberté de ses mouvements et pouvait songer à reprendre ses projets de conquête sur la rive droite du Nil, à l'instant même où la France s'efforçait d'y pénétrer par la rive gauche (3). Ces menaces de pénétration de tierces puissances dans la vallée supérieure du Nil provoquèrent un brusque changement de front dans l'orientation de la politique africaine de l'Angleterre. Cette puissance, invoquant la nécessité de débarrasser les frontières de l'Égypte de la menace des bandes madhistes et le désir de secourir ses alliés italiens, manifesta en 1896 la volonté d'entreprendre, en commun avec le Gouvernement khédivial, la reprise de possession effective des territoires soudaniens ayant subi avant 1882 la domination plus ou moins prolongée de l'autorité khédiviale. Dans ce but elle prépara une expédition importante destinée à poursuivre sous la direction du futur vicomte Kitchener, l'occupation du Dongola, au nom de l'Égypte et avec les forces de l'armée égyptienne. Pour faire face aux dépenses assez lourdes de cette expédition, le Gouvernement égyptien et ses inspirateurs anglais songèrent tout naturellement à utiliser les

(1) Discours de M. Hanotaux à la tribune du Sénat, le 5 avril 1895, dans *Revue générale du droit international public*, II, 1895, p. 356.

(2) BLANCHARD, *L'affaire de Fachoda* dans *Revue générale du droit international public*, VI, 1899, p. 384 et 398.

(3) ROBERT DE CAIX, *Fachoda : la France et l'Angleterre*, p. 158.
— BLANCHARD, *l. c.*, p. 384.

ressources importantes que leur offrait le fonds de réserve général de la Caisse de la Dette publique d'Egypte.

233. La Caisse de la Dette, créée en 1876, au lendemain et comme conséquence de la crise financière de cette année, a été réorganisée à la suite d'une seconde crise du même genre, par la loi de liquidation du 17 juillet 1880. Composée de six membres représentant chacun l'une des plus importantes puissances européennes, désignés par leurs Gouvernements respectifs, mais investis par décret khédivial et rétribués sur le budget de l'Etat égyptien, la dite Caisse représente et défend les intérêts des créanciers de l'Etat, administre la Dette publique et exerce à ce titre un contrôle assez étendu sur la gestion des finances égyptiennes. Son autorisation notamment est nécessaire au Gouvernement pour l'accomplissement d'un certain nombre d'opérations financières considérées comme de nature à exercer un contre-coup particulièrement grave sur les intérêts des porteurs de titres de la Dette publique égyptienne, comme l'émission de nouveaux emprunts, la diminution ou la modification des impôts affectés au service de la Dette, etc. (1). A l'époque où son concours fut sollicité pour assurer la préparation financière de l'expédition du Dongola, elle était régie, au point de vue de son fonc-

(1) KAUFMANN, *Le Droit international et la Dette publique égyptienne*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1890, XXII, p. 556 et suiv., et 1891, XXIII, p. 62 et suiv., 160 et suiv., 267 et suiv., et *Les commissaires de la Caisse de la Dette égyptienne et le Droit international* (traduction Babled), p. 5 et suiv. — POLITIS, *Les emprunts d'Etat en droit international*, p. 239 et suiv.; 251 et suiv. et *La Caisse de la Dette égyptienne : ses pouvoirs et sa responsabilité*, dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 246 et suiv. — PÉLISSIE DU RAUSAS, même revue, II, 1895, p. 234 et suiv.

tionnement et de sa compétence par le décret institutionnel du 2 mai 1876, par la loi de liquidation de 1880, par les décrets khédiviaux émis avec approbation des puissances du 27 juillet 1885 sur l'emprunt garanti, du 6 juin 1890 sur la nouvelle Dette privilégiée, et surtout par le décret, d'origine également internationale, du 12 juillet 1888 (1).

Si le Gouvernement frappait à cette porte plutôt qu'à toute autre, c'est que la Caisse de la Dette, en vertu des textes précités, concentrait entre ses mains la garde ou la surveillance des capitaux constitués par des prélèvements ou des économies sur les exercices budgétaires antérieurs en vue de parer aux besoins exceptionnels auxquels les administrations financières du pays pourraient avoir à faire face dans l'avenir. La Caisse de la Dette se trouvait, à ce titre, dépositaire de trois sortes de fonds :

1° Le fonds de réserve général, créé par le décret du 12 juillet 1888, alimenté par la moitié de l'excédent des revenus engagés sur le service annuel de la Dette et la moitié des revenus non engagés qui restent après que le budget de l'Etat est couvert (article 1, § 1 et article 4 du décret de 1888), fonds qui s'élevait à la fin de 1895 à 70.400.000 francs);

2° Le fonds spécial de réserve, constitué par l'autre moitié des excédents précités, administré lui aussi par la Caisse de la Dette, mais mis à la disposition du Gouver-

(1) Législation depuis lors renouvelée par le titre II du décret du 28 novembre 1904, rendu avec approbation des puissances à la suite de l'accord franco-anglais du 8 avril 1904, spécialement dans les articles 11-37 du dit décret.

nement égyptien pour ses dépenses administratives (article 21, *in fine*, du décret du 17 juillet 1885);

3° Un dernier fonds de réserve, composé par les économies réalisées par la conversion de la Dette privilégiée en 1890 et la différence annuelle entre la dotation de l'ancienne Dette privilégiée et les exigences du service de la nouvelle Dette privilégiée, qui restait provisoirement entre les mains de la Caisse jusqu'à ce que le Gouvernement égyptien se fût entendu avec les puissances sur l'emploi de ces capitaux (art. 4 et 5 du décret du 6 juin 1890) (1). Le Gouvernement ne pouvait songer à demander les ressources financières nécessaires à l'expédition du Dongola, ni au fonds de réserve spécial qui ne comprenait qu'une somme fort insuffisante de 12.200.000 francs (2), ni au fonds mentionné en troisième lieu, dont la disposition exigeait, en vertu même des textes organiques de son institution, une entente formelle avec les puissances européennes. Restait le fonds de réserve général, mieux garni que le premier et soumis à un régime légal plus élastique que celui qui régissait le troisième de ces fonds administrés par la Caisse de la Dette. D'après le décret du 12 juillet 1888, ce fonds de

(1) Cf. KAUFMANN, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, XXIII, 1891, p. 209 et 297. — POLITIS, dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 249-250, et, pour l'analyse critique du fonctionnement de ces trois réserves, la description qui en a été faite dans le *Blue Book* de 1904 (édition française), p. 15-19, au lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau régime qui leur a été substitué, à la suite de l'accord anglo-français du 8 avril 1904, par le décret khédivial du 28 novembre 1904 (article 27).

(2) Ce fonds spécial avait d'ailleurs été réclamé, dès le 14 mars 1896, par le Ministre de la guerre égyptien. — POLITIS, *l. c.*, p. 250, note 3.

réserve général était sans doute principalement destiné (article 3, alinéas 1 et 2) à couvrir le service annuel de la Dette en cas d'insuffisance des revenus affectés à cet usage, puis le budget normal de l'Etat en cas d'insuffisance des revenus non affectés et de l'excédent des revenus engagés; mais l'alinéa 3 de l'article 3 du décret de 1888 prévoyait aussi, en quelque sorte subsidiairement, qu'il pouvait être employé en vertu d'une autorisation de la Caisse de la Dette à permettre la réalisation de dépenses budgétaires extraordinaires. S'appuyant sur la disposition de cet alinéa 3, le Gouvernement chercha à se procurer, par un prélèvement sur le fonds de réserve général, les ressources nécessaires à la réalisation de l'expédition militaire projetée vers le Dongola.

234. Pressentant, semble-t-il, les difficultés internationales que risquait de soulever cette procédure financière, l'Angleterre s'était d'abord directement adressée aux Cabinets européens pour obtenir leur assentiment à la proposition qu'elle formulait d'autoriser le Gouvernement égyptien à faire face aux premières dépenses de l'expédition par un prélèvement de 500.000 livres égyptiennes, sur le fonds de réserve général de la Caisse de la Dette. Mais la France peu soucieuse, on le comprend aisément, de faciliter l'exécution de projets militaires dont l'un des buts principaux, peut-être même le but essentiel, était de contrecarrer les visées de sa propre politique soudanienne, répondit à ces ouvertures par des demandes d'explications complémentaires dont les allures d'atermoiements laissaient suffisamment présager le refus

final (1). La Russie, de son côté, avait manifesté les mêmes velléités de résistance que la France (2). Mais en même temps que l'Angleterre poursuivait ses sondages diplomatiques infructueux, le Gouvernement égyptien saisissait de son côté la Caisse de la Dette d'une demande de concours financier. Cette commission, réunie au Caire le 26 mars 1896, votait, en dépit de l'opposition énergique des commissaires français et russe, MM. Louis et Yonine, et grâce à la majorité formée par les quatre commissaires anglais, italien, allemand et autrichien, MM. Money, Morana, baron de Richthofen et Zaluski, le prélèvement sollicité de 500.000 livres égyptiennes, sur le fonds de réserve général avec affectation au service de l'expédition du Dongola et faisait procéder à la remise immédiate aux autorités égyptiennes d'un premier acompte de 200.000 livres égyptiennes sur le crédit ainsi accordé. Cette décision de la commission de la Caisse de la Dette mettait en jeu des problèmes de droit international public fort délicats, comme la détermination de la nature et de l'étendue du mandat conféré aux commissaires en leur qualité de représentants légaux des porteurs de titres de

(1) Cf. la déclaration de M. Berthelot, ministre des affaires étrangères, à la séance de la Chambre des députés du 19 mars 1896 (*Journal officiel* du 20 mars 1896. Chambre des Députés. Débats parlementaires, p. 558).

(2) Cf. déclaration lue par les commissaires français et russe, MM. Louis et Yonine, à la séance de la commission de la Caisse de la Dette du 26 mars 1896, dans PADOA BEY, *Mémoire pour le Syndicat Herbault*, Alexandrie, 1896, p. 31. Voir aussi Babled, *Le procès de la Caisse de la Dette égyptienne devant la Cour mixte d'Alexandrie*, dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 538.

la Dette égyptienne (1) et la question, particulièrement discutée, de savoir si, quand le consentement de la Caisse de la Dette est requis, sans que les textes prennent soin de fixer ses conditions d'émission, pour la validité d'une mesure d'administration financière, ce consentement exige pour son existence l'unanimité ou seulement la majorité des suffrages des commissaires (2). Elle provoqua une vive émotion, non pas seulement dans la colonie française qui se sentait menacée dans ses positions anciennes par l'accentuation de la main-mise anglaise sur l'Égypte, mais aussi dans les cercles indigènes qui n'étaient pas sans inquiétude sur l'issue d'une entreprise que le souvenir encore récent de la fin tragique de Gordon Pacha pouvait faire paraître aventureuse. Dans sa séance du 16 avril 1896, le Conseil législatif adressait au Gouvernement une protestation dans laquelle il se plaignait de n'avoir pas été consulté au sujet de l'expédition et de l'application des

(1) BABLED, *Op. cit.*, dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 539-551. — POLITIS, *Affaire de la Caisse de la Dette publique*, dans la même revue, III, 1896, p. 498-501. — PADOA BEY, *Mémoire pour le Syndicat Herbault*, p. 11. — KAUFMANN, *Les commissaires de la Caisse de la Dette égyptienne et le droit international* (traduction Babled), p. 6-38.

(2) PÉLISSIE DU RAUSAS, dans *Revue générale du droit international public*, II, 1895, p. 234-236. — POLITIS, même revue, III, 1896, p. 248 et 502. — BABLED, même revue, III, 1896, p. 552-556. — SAINT-MARC, dans *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, V, 1896, p. 471 et suiv. — KAUFMANN, *Les commissaires de la Caisse de la Dette égyptienne* (traduction Babled), p. 50 et suiv., et dans *Revue de droit international et de législation comparée*, XXIII, 1891, p. 283-293. La question a été depuis tranchée législativement comme nous le verrons, d'abord par le décret khédivial du 13 novembre 1899, puis, à la suite de l'accord franco-anglais de 1904, par un second décret du 28 novembre 1904, mais elle était encore irrésolue au moment où s'est ouverte l'affaire de la Caisse de la Dette.

fonds prélevés (1). Cette protestation n'eût pas d'écho. Elle fut écartée comme visant des questions qui ne rentraient pas dans la compétence du Conseil législatif et n'empêcha pas le Gouvernement de prélever deux jours plus tard une nouvelle somme de 150.000 livres égyptiennes sur la somme votée par la majorité des commissaires de la Caisse (2).

235. Mais, si les résistances des protestataires indigènes étaient destinées à rester lettre-morte, à raison de la place insignifiante assignée par la constitution politique du pays aux institutions représentatives, celles des protestataires européens, qui se sentaient soutenus et dirigés par le Gouvernement français, purent, au contraire, se développer fort utilement sous le couvert de l'article 11 du *R. O. J.* et sous la forme de réclamations judiciaires à raison de la lésion causée par la décision de la Caisse de la Dette égyptienne. Le jour même où avait été voté le prélèvement, le 26 mars 1896, un syndicat de porteurs de titres, le syndicat Herbault, formé dans les entourages de l'agence de France et qui se tenait prêt dans la coulisse à reprendre sur le terrain judiciaire la lutte menée par la France sur le terrain diplomatique contre la politique soudanienne des conseillers anglais du Gouvernement égyptien, signifiait défense au Gouvernement d'ordonnancer et aux commissaires de la Dette de payer une dépense quelconque relative à l'expédition du Soudan sur le fonds de réserve général. Ce groupement français assignait, en même temps, le Gouvernement et les commissaires devant le tribunal

(1) *Journal des Débats* du 17 avril 1896.

(2) POLITIS, dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 488.

mixte du Caire, d'abord à l'effet de voir déclarer l'incompétence de la commission de la Dette pour disposer du fonds de réserve général dans un but militaire et, plus tard, aux fins de faire « condamner le Gouvernement à verser au fonds de réserve la somme prélevée, ordonner que les commissaires seront tenus directement d'opérer ce reversement au moyen des sommes qu'ils auront en main appartenant au Gouvernement et que les quatre commissaires qui autorisèrent le prélèvement seront tenus en outre personnellement et solidairement avec le Gouvernement au dit reversement » (1). Enfin ce syndicat, se prévalant des intérêts que possédaient ses membres dans l'emprunt domanial, faisait sommation aux commissaires des domaines, par un exploit du 9 avril, d'avoir à conclure dans l'instance engagée devant le tribunal mixte du Caire et provoquait ainsi l'intervention du représentant de la France au sein de cette administration, M. Bouteron, pour appuyer, en qualité de commissaire des domaines, les réclamations des porteurs français (2). La diplomatie anglaise, ayant éprouvé le besoin, pour défendre ses visées contre les obstacles judiciaires qu'on dressait devant elle, d'imiter à son tour les procédés de la diplomatie française et ayant suscité en sous-main la formation de divers syndicats anglophiles de porteurs de titres de la Dette

(1) PADOA BEY, *Mémoire pour le syndicat Herbaull*, p. 33 et s.

(2) Avant cette sommation, M. Bouteron avait pris lui-même l'initiative d'adresser, en qualité de représentant légal des porteurs de titres de l'emprunt domanial, une lettre de protestation aux commissaires de la Dette (PADOA BEY, *l. c.*, p. 34). Les commissaires anglais et égyptien près de l'administration des domaines, MM. Gibson et Chekib Pacha répliquèrent d'ailleurs à l'attitude prise par leur collègue français en intervenant de leur côté pour défendre les conclusions du Gouvernement égyptien et de la majorité des membres de la commission de la Caisse.

égyptienne, et notamment du syndicat Zervudachi qui, à la date du 13 avril intervint dans l'affaire pour combattre les conclusions du syndicat français et appuyer les conclusions du Gouvernement égyptien et de la majorité des commissaires de la Caisse, la France crut devoir faire donner ses dernières réserves et les membres français et russe de la commission de la Caisse de la Dette, MM. Louis et Yonine, entrèrent en lice à leur tour et, par un exploit du 21 avril 1896, assignèrent de leur côté le Gouvernement égyptien, en fondant leur entrée en scène sur l'article 38 de la loi de liquidation et demandèrent qu'il fût condamné à restituer les sommes indûment prélevées par lui (1).

(1) POLITIS, dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 486-488.

SECTION II

L’Affaire de la Caisse devant le Tribunal Exception d’incompétence et fins de non-recevoir

236. Devant le tribunal les défendeurs invoquèrent l’exception d’incompétence ainsi que diverses fins de non-recevoir et déclarèrent vouloir faire défaut sur le fond. Pour justifier son exception dilatoire, le Gouvernement fit valoir que les juges, s’ils acceptaient l’action des demandeurs, seraient inévitablement amenés à apprécier l’opportunité et l’utilité de l’expédition contre les Derviches, par conséquent à entrer, contrairement à l’esprit de l’article 11 du R. O. J., dans l’examen de la valeur administrative d’une mesure gouvernementale ; que, d’ailleurs, les dispositions arrêtées par les représentants de l’Etat égyptien d’un commun accord avec la Caisse de la Dette doivent échapper, même au point de vue indemnitaire, et par dérogation à la règle générale de l’article 11, à la connaissance de l’autorité judiciaire, parce qu’elles constituent des actes de souveraineté ou de gouvernement. Empiétant sur le fond même du débat, en dépit de l’intention officiellement affichée de ne pas conclure sur ce point, il ajoutait que les commissaires de la Dette, en prenant la décision du 26 mars, n’avaient fait qu’user d’une faculté, qui leur était ouverte par l’alinéa final de l’article 3 du décret du 12 juillet 1888, d’autoriser des

prélèvements sur le fonds de réserve pour les dépenses extraordinaires du budget. Il contestait enfin la recevabilité de l'action de MM. Louis et Yonine, en alléguant que les commissaires de la Caisse n'ont aptitude à agir en cette qualité qu'à la condition d'être mandatés à cet effet par l'autorisation de la majorité de leurs collègues. Objection qui s'appliquait également à l'intervention de M. Bouteron, comme commissaire des domaines. Les membres de la commission de la Caisse qui avaient voté le prélèvement et qui étaient poursuivis en responsabilité et réparation par le syndicat français de porteurs de titres de la Dette égyptienne pour outrepassement et violation de mandat, sans consentir à s'expliquer, parce qu'il s'agissait là du fond de l'affaire, sur les reproches qui leur étaient ainsi adressés, se bornèrent à exciper, comme le Gouvernement et pour les mêmes raisons que lui, de l'incompétence du tribunal en face de réclamations dirigées contre un acte de souveraineté de la puissance publique égyptienne.

Le Ministère public, sans suivre les défenseurs sur le terrain de la dénégation absolue de la compétence du tribunal mixte et, tout en reconnaissant que les juridictions de la Réforme avaient qualité pour apprécier la régularité de l'acte attaqué, et pour ordonner la réparation du dommage causé par lui, à la condition toutefois de n'en pas prononcer l'annulation, dans le cas où elles en constateraient l'illégalité, avait soulevé, en l'appuyant sur des arguments d'une certaine force, une fin de non-recevoir contre l'action des porteurs de titres de la Dette, fin de non-recevoir tirée de l'inconciliabilité du rôle attribué, en ce qui concerne la défense des garanties des emprunts de l'Etat égyptien, aux commissaires de la Dette par les

textes constitutifs de cet organisme, avec l'exercice individuel par chacun des porteurs de titres des actions sanctionnant ces garanties. Puis, concluant au fond, le Ministère public avait cherché à établir la légalité de la décision du 26 mars, en alléguant qu'elle ne dépassait pas le cercle des attributions conférées à la Caisse de la Dette par l'article 3 du décret de 1888, et en s'efforçant d'établir qu'elle avait pu être valablement prise à la simple majorité des membres (1).

237. Le tribunal mixte du Caire, sous la présidence et par la plume d'un des hommes qui ont le plus profondément marqué leur place dans notre magistrature mixte, M. Prunières, devenu depuis conseiller à la Cour d'Appel d'Alexandrie, rendit, à la date du 8 juin 1896, un jugement très étudié, fort sagement motivé, mais qui, en dépit de son allure d'impartialité juridique laissait cependant indéniablement percer des préférences pour le point de vue politique français dans une affaire qui n'avait de judiciaire que les formes, où derrière les personnages officiellement en cause on apercevait fort clairement les deux puissants partenaires qui les faisaient mouvoir sur l'échiquier diplomatique et où les intérêts, soit des porteurs de titres de la Dette publique, soit des administrations khédiviales, n'étaient invoqués, de part et d'autre, que pour couvrir les ambitions contradictoires de la politique française et de la politique anglaise en Egypte et au Soudan.

Le jugement du 8 juin 1896 écarte et réfute tout d'abord les arguments que le Gouvernement et la majorité

(1) Cf. *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 498 et suiv.

des commissaires avaient tiré de la théorie générale de l'article 11 pour s'opposer à l'examen au fond des réclamations présentées par le syndicat français, d'une part, par MM. Louis et Yonine de l'autre (1).

« Attendu que le Gouvernement égyptien formule ainsi son exception dans ses conclusions : « Attendu en effet, que la décision prise par le Gouvernement, d'accord avec la Caisse de la Dette, d'affecter à un usage déterminé une partie du fonds de réserve constitue *un acte de Gouvernement*, ou, en d'autres termes, de *souveraineté*, qui échappe, par sa nature même, à l'appréciation ou à l'examen de l'autorité judiciaire » ; Que, de leur côté, MM. Money, Morana, baron de Richthofen et comte Zaluski disent : « Que le tribunal ne pourrait connaître des dispositions prises par le Gouvernement égyptien d'accord avec la commission de la Caisse de la Dette publique sans commettre un véritable excès de pouvoirs, car le Gouvernement, en demandant le prélèvement de 500.000 L. E. sur le fonds général de réserve, et la commission de la Caisse de la Dette publique, à la majorité des votes, en accordant ce prélèvement pour l'expédition du Dongola, ont agi tous les deux comme pouvoir souverain préposé à la gestion des intérêts de l'État, et, comme tels, ne sauraient raisonnablement être assignés par devant le tribunal contrairement aux dispositions de l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire, d'après lequel les tribunaux mixtes ne peuvent interpréter ni arrêter l'exécution d'une mesure administrative ; qu'ainsi donc le prélèvement sur le fonds de réserve avec l'assentiment de la commission de la Dette

(1) On trouvera le texte intégral de ce jugement dans la *Revue générale de droit international public*, III, 1896, p. 488 à 497, et dans LAMBA, *Evolution de la condition juridique des Européens*, p. 343-371.

constitue, comme dans les Etats constitutionnels, tout emploi des deniers de l'Etat affectés avec vote du Parlement, un acte de l'exercice de la souveraineté, échappant à la compétence des tribunaux, beaucoup plus encore que de simples mesures administratives »; — Attendu que le Gouvernement égyptien ne cherche même pas à démontrer qu'en demandant aux commissaires de la Dette le prélèvement dont il s'agit, il y ait eu de sa part *acte de souveraineté*, mais il prétend que, dès que l'autorisation de prélever a été donnée par la commission de la Caisse de la Dette, l'acte de souveraineté est parfait; — Attendu que ni le Gouvernement égyptien, ni les commissaires sus-nommés n'établissent à l'aide de documents légaux qu'en effet la commission de la Caisse de la Dette publique ait un rôle à peu près semblable à celui d'un Parlement dans un Gouvernement constitutionnel, qu'en un mot MM. les commissaires aient reçu un mandat politique, qui leur accorde certaines immunités et notamment ne les rend pas justiciables des tribunaux mixtes; — Attendu que, dans ces circonstances, il est nécessaire de rechercher quel est le véritable caractère du mandat donné aux commissaires de la Dette vis-à-vis des porteurs de titres; — Attendu que les rapports entre le Gouvernement égyptien, emprunteur et les porteurs de titres, prêteurs, sont régis par une série de décrets dont le premier est en date du 2 mai 1876, décrets qui ont été rendus en partie en vertu du droit souverain du Khédive, et en partie avec l'assentiment des puissances; — Attendu que le décret du 2 mai 1876, instituant la Caisse de la Dette publique, porte dans son préambule: « Avons résolu d'instituer une Caisse spéciale chargée du service régulier de la Dette publique et de nommer à sa direction des commissaires étrangers, les-

quels seront, sur notre demande, indiqués par les Gouvernements respectifs, comme fonctionnaires aptes à remplir le poste auquel ils seront nommés par nous en qualité de *fonctionnaires égyptiens* »; Qu'à l'article 4 il est dit : « Les actions qu'au nom et dans l'intérêt des créanciers, en grande partie étrangers, la Caisse et pour elle ses directeurs croiront avoir à exercer contre l'administration financière, seront portées devant les tribunaux mixtes; — Que la simple lecture dudit article 4 indique clairement que les commissaires sont les mandataires légaux des porteurs de titres et que compétence est donnée aux tribunaux mixtes dans toutes les contestations pouvant naître entre les directeurs de la Caisse et les administrations financières; — Attendu qu'à l'article 39, la loi de liquidation du 17 juillet 1880 a maintenu, avec force exécutoire, toutes les dispositions des décrets antérieurs, concernant les attributions de la commission de la Caisse de la Dette publique qui ne sont pas contraires à la dite loi; — Attendu que, complétant les dispositions de l'article 4 du décret du 2 mai 1876, elle dit à l'article 39 : « Les commissaires de la Dette, représentants légaux des porteurs de titres, auront qualité pour poursuivre devant les tribunaux de la Réforme contre l'administration financière, représentée par notre Ministre des finances, l'exécution des dispositions concernant les affectations de revenus, le taux de l'intérêt des dettes, la garantie du Trésor et généralement toutes les obligations qui incombent à notre Gouvernement en vertu de la présente loi, à l'égard du service des Dettes privilégiée et unifiée »; — Qu'il ne saurait donc être douteux que c'est la loi qui a donné aux commissaires de la Dette la qualité de *mandataires légaux des porteurs de titres* et édicté que toutes les contestations pouvant exister entre

le Gouvernement et les porteurs de titres représentés par les commissaires doivent être portées devant les tribunaux mixtes; — Attendu qu'il n'y a pas lieu de s'attarder à démontrer, ce qui est l'évidence même, que, mandataires légaux, les commissaires de la Caisse sont, comme tous les mandataires légaux (syndics de faillites, séquestres), soumis aux règles du droit commun et régis dans leurs rapports, soit avec l'Etat, soit avec les porteurs de titres, par tous les décrets rendus en la matière depuis 1876, ainsi que par les codes mixtes, décrets et lois qui forment le droit public interne de l'Egypte et que les tribunaux mixtes ont le devoir d'interpréter et la mission de faire observer; — Attendu que si, depuis son institution, la commission de la Caisse de la Dette a été investie à diverses reprises par les puissances de délégations politiques ou législatives, ces délégations n'ont été données qu'à titre temporaire; — Qu'il suffit de rappeler à cet égard les réserves faites par le Ministre de France à l'occasion du projet de loi sur le timbre et les patentes et spécifiant que cette délégation n'avait « qu'un caractère exceptionnel et ne constituait à aucun degré une extension de compétence pour l'avenir »; — Qu'il découle donc de tout ce qui précède que ce n'est que par exception que les commissaires ont eu un mandat politique portant sur des objets déterminés, mais qu'en tant que, « représentants légaux de porteurs de titres, ils n'ont qu'un mandat civil, régi par les règles du droit commun »; — Qu'ils ne peuvent donc repousser la demande dont il s'agit en invoquant un pouvoir souverain dont jusqu'à ce jour ils n'ont pas été investis par les puissances; — Attendu que si, aux termes du décret du 6 juin 1890, les commissaires de la Dette sont les mandataires des puissances qui ont garanti l'emprunt de 1885, ils

n'en sont pas moins les mandataires légaux des porteurs de titres dudit emprunt garanti, et que, par suite, leur situation légale vis-à-vis de ces derniers est la même que vis-à-vis des porteurs de titres des autres dettes; — Attendu que l'exception du Gouvernement et desdits commissaires manque de fondement de ce premier chef; — Attendu qu'en admettant que l'acte dont il s'agit puisse être qualifié acte de souveraineté, l'exception d'incompétence ne saurait être recevable; qu'en effet ce n'est pas la première fois que le Gouvernement soulève la dite exception et qu'il est inutile de rappeler ici les divers arrêts qui décident que « les traités internationaux régissant les emprunts publics constituent une limitation à l'exercice du droit éminent de l'Etat emprunteur, et confèrent aux porteurs de titres *une base légale de droits acquis*; que les tribunaux mixtes sont, dès lors, compétents, aux termes de l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire, pour statuer sur les atteintes que *tout acte gouvernemental*, toute mesure administrative contraire à ces traités, peuvent faire subir aux droits d'étrangers porteurs de titres »; — Attendu que la demande dont est saisi le tribunal ne conteste en rien le pouvoir souverain du Gouvernement égyptien de faire l'expédition du Dongola comme toute autre expédition militaire, qu'elle se base sur la violation des droits conférés aux porteurs de titres, sur l'inexécution des engagements pris vis-à-vis d'eux par le Gouvernement ou encore sur une atteinte portée à un droit acquis; qu'il ne saurait donc être douteux que les tribunaux mixtes ont toute compétence pour en connaître ».

238. Le Gouvernement égyptien et la majorité des commissaires de la Dette, dans leurs efforts pour soustraire

la décision d'ordre financier arrêtée d'un commun accord entre eux au contrôle judiciaire limité et incident qu'organise en règle générale l'article 11 du *R. O. J.*, s'étaient bien gardés, on le voit, d'utiliser l'instrument exceptionnellement efficace qui, en Belgique et en Italie, a servi à tourner les dispositions libérales et individualistes de la Constitution de 1831 et de la loi du 20 mars 1865 et à restreindre dans des limites aussi étroites que possible la compétence administrative des tribunaux de droit commun, la distinction d'origine française des actes de gestion et des actes d'autorité. Le démenti donné à cette distinction par les dispositions combinées des articles 10 et 11 du *R. O. J.* n'eût sans doute pas suffi à lui seul à les détourner de la tentation d'y recourir. Car la Constitution belge et la loi italienne sur le contentieux administratif la condamnent après tout dans des termes presque aussi formels que le règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes, ce qui ne l'a pas empêchée, comme nous l'avons vu, de s'implanter très fortement dans la pratique de ces deux pays. Mais l'impossibilité de se retrancher utilement derrière elle leur était démontrée par une jurisprudence déjà vieille de vingt ans, qui n'avait jamais cessé de proclamer avec une inlassable ténacité que le dispositif de l'article 11 n'a été écrit qu'en vue de l'application aux actes d'autorité ou de commandement et que la compétence des tribunaux mixtes est débarrassée des restrictions édictées par cet article en ce qui concerne ces actes administratifs imparfaits et impropres qu'on appelle actes de gestion. Mais, à défaut de l'argument tiré d'une prétendue irresponsabilité de l'administration dans l'accomplissement de ses actes d'autorité qu'ils savaient à l'avance condamné à un complet insuccès, le Gouverne-

ment et la majorité des membres de la commission s'étaient rabattus sur une théorie plus modeste et plus étroite qui ne constitue plus, comme la première, un instrument de combat contre le principe même du système italo-belge de défense judiciaire des droits subjectifs des particuliers, mais seulement un tempérament logiquement fort compréhensible apporté à la rigueur du fonctionnement de ce système, la théorie de l'acte de gouvernement qui, dans la jurisprudence administrative française de l'heure présente, survit, en quelque sorte comme un palliatif établi dans l'intérêt de l'Etat, à l'opposition jadis formulée, au point de vue de l'aptitude à engendrer la responsabilité de la puissance publique, entre les actes d'autorité et les actes de gestion, et que nous avons vu pénétrer aussi, sous un autre nom, dans la législation italienne de 1889 sur le Conseil d'Etat.

239. Le tribunal mixte du Caire, dans le jugement du 8 juin, ne rejette nullement la notion de l'acte de gouvernement, et il n'eût pu le faire sans se mettre en contradiction avec une jurisprudence qui, quoique n'ayant été appliquée jusque-là qu'avec beaucoup de prudence et de réserve, se trouvait cependant suffisamment assise par quelques arrêts antérieurs de la Cour d'Appel d'Alexandrie. Non seulement il ne conteste dans aucun de ses motifs que sa compétence en matière administrative, même dans les termes restreints où l'organise l'article 11, doive cesser de s'appliquer en présence d'une décision des autorités égyptiennes qui rentrerait vraiment dans la définition de l'acte de gouvernement. Mais il reconnaît implicitement l'existence de limitations apportées de ce

chef à sa compétence, par le soin même qu'il apporte à démontrer, ou essayer de démontrer que la mesure critiquée par les porteurs de titres de la Dette et par la minorité des commissaires ne saurait constituer un acte de Gouvernement au sens technique du mot, ni de la part de l'Etat égyptien dont elle excède la capacité et qui, en cette matière, a renoncé au libre exercice de sa souveraineté par les stipulations des traités internationaux qui ont prévu et réglé les conditions de ses emprunts, ni de la part de la commission de la Caisse de la Dette dont les attributions ne sauraient être comparées à celles qu'exercent en matière financière les Parlements, parce que ses membres ne sont en principe investis que d'un mandat civil, et non pas d'un mandat politique. Il écarte l'exception dilatoire des défendeurs, non parce qu'il se reconnaît compétent, en vertu de la généralité de l'article 11, pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre les administrations publiques égyptiennes même à l'occasion d'actes de gouvernement, mais parce qu'il estime que la mesure critiquée par les demandeurs ne rentre pas dans la catégorie des actes de gouvernement. C'est là une constatation à laquelle nous attachons quelque importance, car elle nous aidera à comprendre la portée exacte de la nouvelle rédaction donnée à l'article 11 par le décret khédivial du 26 mars 1900.

240. En même temps que l'exception d'incompétence, le jugement du 8 juin 1896 écartait les fins de non-recevoir soit contre l'action des porteurs de titres, soit contre l'action de MM. Louis et Yonine, par les motifs suivants :

« *Sur le défaut de qualité des porteurs de titres; —*
Attendu que l'on avance que l'article 4 du décret de 1876 et

l'article 38 de la loi de liquidation ont conféré aux commissaires de la Dette le droit d'estimer en justice dans l'intérêt des créanciers et l'on ajoute « que cet acte a toujours été interprété en ce sens que les créanciers du Gouvernement égyptien étaient dépouillés du droit d'agir individuellement et qu'ils étaient liés par le mandat général exclusif et irrévocable consenti en leur nom par leurs pouvoirs souverains respectifs; » — Attendu qu'il vient d'être démontré, à propos de la compétence, que les commissaires, dans leurs rapports avec les porteurs de titres, n'ont qu'un mandat ordinaire régi par les règles du droit commun; — Que l'on n'a produit aucune décision de la Cour d'Appel mixte faisant connaître que les articles 4 et 38 doivent être interprétés dans le sens indiqué ci-dessus; qu'au contraire la teneur des articles cités et l'étude de l'ensemble des divers décrets ayant trait aux emprunts de l'Etat conduisent à une interprétation toute différente; — Attendu que, si la thèse soutenue par les demandeurs en exception était admise, on arriverait à proclamer l'irresponsabilité complète des commissaires de la Caisse, de telle sorte qu'ils n'auraient plus une *souveraineté limitée*, comme ils l'ont prétendu, mais un *pouvoir absolu*; — Qu'en effet, ils pourraient répondre à l'autorité qui les a nommés mandataires légaux, qu'ils n'ont pas à lui rendre compte de leur mandat, mais bien aux porteurs de titres, leurs mandants, et à ceux-ci qu'ils ont été *dépouillés* de toute action contre eux, et il en résulterait qu'ils n'auraient aucun compte à rendre à personne, ce qui est inadmissible; — Attendu que, mandataires légaux des porteurs de titres, ils doivent répondre à toute action intentée contre eux dérivant du droit commun; — Qu'il est au surplus inutile d'insister sur ce point; qu'il suffit de rappeler les articles 9, 10 et 11 du règlement d'organisation judiciaire,

qui déterminent la compétence dans les cas où une personne croit avoir à demander en justice réparation d'une atteinte à ses droits, sans qu'il soit nécessaire de citer les nombreux arrêts déjà rendus par la Cour d'Appel mixte en cette matière, pour qu'il ne subsiste aucun doute sur la légitimité de l'exercice de ce droit d'action individuelle; -- Attendu que notamment l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire précité édicte d'une manière formelle que les tribunaux mixtes pourront juger *dans les cas prévus par le Code civil* des atteintes, etc., etc.; — Qu'il n'est que trop évident que si, à l'article 4 du décret de 1876 et à l'article 38 de la loi de liquidation, le législateur avait entendu faire une dérogation aux prescriptions contenues dans le règlement d'organisation judiciaire et *dépouiller* les parties du droit à elles conféré par la loi, il l'aurait déclaré d'une manière précise, ce qui n'a pas eu lieu; — Attendu qu'en conséquence ladite fin de non-recevoir ne saurait être accueillie... *Sur le défaut de qualité de MM. Louis et Yonine*: Attendu que l'on a allégué que la commission de la Caisse seule avait qualité pour ester en justice, soit sur l'avis unanime de tous les commissaires, soit à la majorité de ses membres, mais que jamais ce droit ne pourrait appartenir à la minorité de la commission; — Attendu que le mandat donné aux commissaires étant régi par le droit commun, il en résulte pour chacun d'eux un droit d'action pour toutes les fois que les intérêts des porteurs de titres qui lui sont confiés sont compromis par les autres commissaires et que sa responsabilité personnelle peut être engagée ». Et le jugement écartait ensuite pour des raisons de même genre la fin de non-recevoir opposée à l'intervention de M. Bouteron, commissaire français de l'administration des domaines.

241. Cette seconde partie du jugement du 8 juin où le tribunal se prononce sur les fins de non-recevoir opposées à l'un et l'autre des deux recours judiciaires parallèles soulevés du côté français contre la décision de la Caisse de la Dette du 26 mars, n'a plus, semble-t-il, la même sérénité et la même impartialité d'allures que les lignes consacrées dans la première partie à l'examen de la question de compétence. Aujourd'hui où nous pouvons apprécier les événements judiciaires de l'année 1896 avec le recul de la perspective historique et sans nous laisser influencer par les passions politiques du temps, il nous semble, en relisant cette partie du dispositif du jugement du 8 juin, y sentir percer des préférences, plus instinctives que raisonnées, dues à des sentimentalités ou à des préventions nationales plutôt qu'à des motifs d'ordre juridique, en faveur des aspirations de la politique française que les recours en question tendaient à faire prévaloir contre les visées opposées de la politique anglaise. L'aptitude de chacun des commissaires de la Caisse de la Dette à agir isolément en cette qualité, qui pourtant soulevait des questions de droit extrêmement délicates, y est affirmée d'autorité, comme allant de soi et sans que l'on s'attarde à examiner les arguments qui militaient dans un sens et dans l'autre.

Le tribunal étudie avec plus de soin, sans doute parce qu'il se trouvait ici en désaccord avec le Ministère public, les objections dirigées contre l'admission de l'action du syndicat français de porteurs de titres; mais il ne les réfute que fort incomplètement; passe sous silence les arguments réellement impressionnants que la considération des exigences naturelles de toute administration financière régulière et des dangers de l'anarchie en cette matière avait fournis au

Ministère public à l'encontre de l'exercice individuel et isolé par chacun des porteurs de titres de la Dette des actions tendant à faire valoir les garanties stipulées en leur faveur par les accords internationaux et confiées par ces accords à la tutelle des commissaires de la Caisse. Il se débarrasse, par une affirmation hautaine, des textes invoqués à l'appui de la fin de non-recevoir, l'article 4 du décret de 1876 et l'article 38 de la loi de liquidation, sans en discuter les termes, en apparence assez peu favorables à l'idée d'un cumul possible de l'action individuelle des porteurs et de l'action collective exercée dans leur intérêt par les commissaires de la Dette. Il se place au point de vue unilatéral du pur droit privé pour qualifier la situation des commissaires de la Caisse de la Dette par rapport aux porteurs de titres, en la réglant par la seule application des règles ordinaires du mandat civil, sans tenir compte qu'il s'agit d'une représentation légale de nature très particulière et organisée par les traités internationaux, en faisant abstraction de toutes les complications dues soit à la qualité théorique de fonctionnaires égyptiens des commissaires de la Dette, soit aux rapports pratiquement fort étroits de chacun d'eux avec le Gouvernement qui l'a désigné. Il s'appuie principalement sur des considérations, empruntées à la nécessité d'organiser une responsabilité effective des commissaires à raison de l'exercice de leurs attributions, qui supposent préalablement admis, contrairement à la complexité naturelle de ces attributions, que la tâche originaire et normale de ces fonctionnaires, ne présente aucun aspect politique, et qui prennent comme point de départ une affirmation — à savoir que les commissaires n'ont aucun compte à rendre aux Gouvernements qui les ont nommés

— qui paraît vraiment difficile à concilier avec la réalité positive des faits pour peu qu'on se rappelle que les membres de la commission de la Dette sont, d'ordinaire, choisis parmi les diplomates de carrière et ne s'imaginent pas d'habitude que l'acceptation de cette fonction doive impliquer pour eux une sortie définitive des cadres du personnel diplomatique de leurs pays.

Enfin, pour renforcer par le secours des textes une argumentation trop exclusivement spéculative, le jugement du 8 juin invoque les articles 9 et 10 et surtout l'article 11 du R. O. J. qui sont manifestement étrangers à la question, puisqu'ils sont uniquement destinés à constater que, toutes les fois que les ressortissants ou protégés d'Etats étrangers ont des actions à faire valoir contre les administrations publiques égyptiennes, ces actions doivent être portées devant les tribunaux de la Réforme, et n'ont nullement la prétention de déterminer dans quels cas les droits subjectifs des particuliers peuvent être considérés comme lésés et les justiciables des tribunaux mixtes sont admis de ce chef à intenter des actions contre les autorités égyptiennes. L'article 11 ne peut donc fournir aucun indice utile pour la solution de la question de savoir si, dans les cas où la loi organise, pour la défense des intérêts des créanciers de l'Etat égyptien, des voies de recours judiciaires au profit des fonctionnaires internationaux investis par les traités de la représentation légale des intérêts de la collectivité de ces créanciers, ces voies de droit se cumulent avec les actions individuelles des dits créanciers, ou si elles sont destinées à se substituer à elles ou à suppléer aux inconvénients de leur absence. Il faut donc reconnaître que cette partie de l'argumentation du jugement du 8 juin 1896 ne présente qu'une solidité très relative et qu'elle constitue visible-

ment le point faible de la réfutation donnée par le tribunal mixte du Caire aux moyens invoqués par le Gouvernement égyptien et par la majorité des commissaires de la Caisse de la Dette pour justifier la volonté affirmée par eux de ne pas conclure au fond dans des actions qui leur paraissaient être formées devant une juridiction incompétente par des plaideurs dénués de qualité pour agir.

SECTION III

Le Jugement du Tribunal du Caire sur le Fond

242. Après s'être ainsi débarrassé des exceptions dilatoires élevées par les défenseurs de la thèse anglaise et les avoir rejetées par jugement contradictoire, le tribunal du Caire passe à l'examen de la question de fond sur laquelle il statue par défaut :

« Attendu, en fait, que le 19 mars 1896 le Gouvernement égyptien a demandé aux commissaires-directeurs de la Caisse de la Dette publique l'autorisation de prélever sur le fond de réserve général, que les porteurs de titres de certains emprunts publics prétendent être affecté à leur garantie, une somme de 500.000 livres égyptiennes pour les besoins de l'expédition militaire du Soudan ; — Attendu qu'à la séance du 26 mars, MM. Louis et Yonine ont déclaré que, cet objet dépassant la compétence de la commission de la Dette, celle-ci ne pouvait délibérer valablement et qu'ils s'opposaient au vote sur la demande de crédits ; — Attendu que leur avis n'ayant pas prévalu, ils se sont retirés ; — Que MM. Money, Morana, baron de Richthofen et comte Zaluski, commissaires, ont accordé au Gouvernement égyptien l'autorisation qu'il demandait et lui ont remis de suite 200.000 livres égyptiennes et le 18 avril 150.000 livres égyptiennes ; — Attendu que c'est après cette autorisation et ce versement

de fonds que le syndicat Herbault et consorts, MM. Louis et Yonine, en leur qualité de commissaires de la Caisse de la Dette et M. Bouteron, en sa qualité de commissaire des domaines, ont demandé la restitution au fonds de réserve général des dites sommes; — Que le tribunal a donc à trancher les questions suivantes :

1° La commission de la Caisse de la Dette publique a-t-elle pouvoir pour autoriser le prélèvement, sur le fonds de réserve, des dépenses occasionnées par l'expédition du Dongola? 2° Cette autorisation porte-t-elle atteinte aux droits acquis des porteurs de titres de la Dette égyptienne?

243. « Attendu que la Caisse de la Dette publique a été créée par décret du 2 mai 1876; — Que, dans le préambule dudit décret, il est formellement déclaré qu'elle a été instituée pour « *donner toute garantie aux intérêts des porteurs de titres..... pour assurer le service régulier de la Dette publique* »; — Que l'article premier de ce décret porte qu'elle est chargée de recevoir les revenus affectés et de les « *destiner exclusivement* » au paiement des intérêts et de l'amortissement de la Dette — Que l'article 4 confie à la commission de la Dette la tutelle des garanties conférées aux porteurs de titres; — Attendu que toutes les dispositions du décret de 1876 ont été confirmées par la loi de liquidation du 18 juillet 1880; — Attendu qu'il y a lieu tout d'abord de faire observer que ladite loi, qui a modifié les engagements antérieurs pris par le Gouvernement vis-à-vis des porteurs de titres, a eu surtout pour objet d'assurer aux dits porteurs toute garantie dans l'avenir pour l'exécution des engagements pris vis-à-vis d'eux par l'Etat égyptien; — Qu'à cet effet

elle a établi le budget de l'Etat et indiqué les sommes devant être affectées aux porteurs de titres et celles affectées aux besoins d'administration de l'Etat en décidant que les excédents et revenus seraient employés à l'amortissement; — Attendu que le législateur, prévoyant que l'équilibre du budget établi par lui pouvait être détruit par de nouveaux emprunts, a interdit, par l'article 37, au Gouvernement, d'émettre aucun nouvel emprunt, de quelque nature que ce soit, sans l'avis conforme de la commission de la Dette; — Attendu qu'il est donc dès à présent certain que, de par la loi de liquidation, tous les fonds qui doivent servir à l'amortissement sont, dès le moment où ils entrent à la Caisse de la Dette, *destinés exclusivement* à la garantie des porteurs de titres pour l'exécution des engagements pris vis-à-vis d'eux, et que cette destination ne peut être modifiée que par une nouvelle loi; — Attendu qu'à la suite des événements de 1882, l'amortissement a été suspendu, et il allait être repris, lorsque le Gouvernement égyptien eut l'idée de proposer la création d'un fonds de réserve; — Que, dans la lettre en date du 19 janvier 1888, adressée par le Gouvernement égyptien aux commissaires de la Dette faisant part de son projet, il est dit qu'il s'agissait de parer « aux diminutions de revenus ou aux charges *extraordinaires* qui, à la suite d'*événements imprévus*, peuvent déranger l'équilibre du budget, et aux incertitudes des déficits essentiellement variables des Domaines et de la Daïra Sanieh »; — Attendu qu'à cette lettre la commission répondait de la manière suivante : « En principe nous avons reconnu les avantages que présenterait, pour les créanciers mêmes de l'Etat, la constitution d'un fonds de réserve pouvant, le cas échéant, pourvoir à l'insuffisance des

revenus affectés et créant ainsi *une garantie de plus* pour le service de la Dette »; — Attendu qu'à la suite de cet échange de vues, entre le Gouvernement et la commission de la Caisse, le Gouvernement égyptien a saisi officiellement les puissances à la date du 3 mars 1888 et leur a demandé de donner leur assentiment au dit projet de décret par la dépêche suivante : « Le Gouvernement de Son Altesse le Khédive vient de décider la création d'un fonds de réserve en vue de parer aux diminutions de revenus et aux *charges extraordinaires* qui peuvent *accidentellement* déranger l'équilibre budgétaire de l'Etat. Le but de cette mesure et les moyens propres à en assurer la réalisation ayant rencontré l'avis favorable de la Caisse de la Dette, le Gouvernement, de concert avec MM. les commissaires de la Caisse de la Dette, a élaboré un projet de décret qui règle l'organisation du fonds de réserve, son emploi et les dispositions législatives à intervenir pour sa constitution »; — il ajoutait : « Les porteurs de titres obtiendraient ainsi une garantie de plus par ce fait que, en cas d'insuffisance des revenus affectés, la réserve est appelée en première ligne, à parfaire les *sommes nécessaires au service des dettes dont la Caisse de la Dette publique est chargée.....* A un point de vue d'intérêt plus général, l'existence d'un fonds de réserve serait un gage précieux de sécurité et de stabilité pour les finances du pays »; — Attendu qu'il ressort clairement des déclarations, contenues dans les documents visés plus haut, que la création du fonds de réserve a été faite en vue de parer aux diminutions de revenus ou aux charges extraordinaires qui peuvent, à la suite d'événements imprévus accidentels, déranger l'équilibre budgétaire de l'Etat; et que cette mesure est prise en vue de donner une

garantie de plus aux porteurs de titres; — Qu'en outre, il est bon de faire observer dès à présent que ce sont les ressources destinées à l'amortissement, ressources déjà affectées spécialement aux porteurs de titres par la loi de liquidation, qui doivent servir à former le fonds de réserve général; — Attendu qu'à la date du 12 juillet 1888 paraissait le décret constituant le fonds de réserve où il est dit à l'article 3 : « Le fonds de réserve est destiné :

« 1° En cas d'insuffisance des revenus affectés à parfaire les sommes nécessaires au service des dettes dont la Caisse est chargée;

« 2° A combler l'insuffisance des revenus non affectés pour pourvoir aux dépenses prévues par l'article 18 de notre décret du 27 juillet 1885 et autres consenties ou à consentir par les puissances;

« 3° A des dépenses extraordinaires engagées conformément à l'avis préalable de la commission de la Dette... » et à l'article 4 : « L'amortissement des dettes sera repris dans les conditions énoncées à l'article 22 de notre décret du 27 juillet 1885, dès que le fonds de réserve aura été intégralement constitué, pour être suspendu de nouveau quand et tant que, par suite des prélèvements opérés en vertu de l'article 3 ci-dessus, son capital sera inférieur à L. E. 2.000.000 »; — Attendu qu'il est facile de voir, rien qu'à la simple lecture de la teneur de ces deux articles, tout l'intérêt qu'ont les porteurs de titres à veiller à ce que le fonds de réserve général ne soit pas détourné de sa destination spéciale, ledit fonds de réserve devant parer aux déficits budgétaires possibles et ensuite permettre à l'amortissement de reprendre son cours; — Attendu que c'est la teneur du paragraphe 3 de l'article 3 dudit décret :

« Le fonds de réserve est destiné... à des dépenses extraordinaires engagées conformément à l'avis préalable de la commission de la Dette » qui donne lieu à la difficulté actuelle ; — Attendu que MM. Money, Morana, baron de Richthofen et comte Zaluski ont soutenu dans leurs conclusions relatives à l'incompétence, qu'ils avaient le droit, aux termes dudit paragraphe, de voter toutes les dépenses extraordinaires de quelque nature que ce soit et ce en vertu d'un mandat politique ; qu'ils ont même déclaré dans leurs conclusions que le Gouvernement est propriétaire desdits fonds ; — Attendu qu'il a déjà été établi que les dits commissaires n'avaient pas de mandats politiques dans leurs rapports avec les porteurs de titres et que leur mandat était régi par le droit commun ; — Que le gouvernement n'a pas le droit d'user des dites sommes comme propriétaire, puisqu'elles ont été affectées à la garantie des porteurs de titres et qu'elles ne peuvent recevoir d'autres destinations que celles prévues par ladite loi ; — Qu'il s'agit maintenant d'interpréter ce que signifient ces mots *dépenses extraordinaires* insérés au paragraphe 3 du dit article 3 ; — Attendu que, tout d'abord, ces mots « dépenses extraordinaires » démontrent que le mandat des commissaires est essentiellement limité et ne saurait s'étendre aux dépenses de toutes natures ainsi qu'on l'avance ; — Attendu que l'échange de correspondances entre le Gouvernement et la Caisse de la Dette publique indique que par le mot « *extraordinaires* » on n'a entendu parler que des seules dépenses accidentelles imprévues qui pourraient déranger l'équilibre du budget de l'Etat et porter ainsi atteinte aux intérêts des porteurs de titres ; — Attendu, en conséquence, que par « *dépenses extraordinaires* », on doit entendre celles qui sont motivées par un accident imprévu,

telles qu'une crue anormale du Nil, l'incendie de certains bâtiments de l'Etat, etc., etc., causes qui peuvent amener une diminution des revenus de l'Etat ou l'obliger à faire des travaux exceptionnels, en vue de prévenir ou d'atténuer le mal, diminutions de revenus, ou dépenses qui peuvent rompre l'équilibre du budget; — Attendu que cette interprétation qui s'impose, rien qu'à la lecture du passage des documents cités plus haut, se trouve nettement exposée par M. Milner, ancien sous-secrétaire d'Etat au Ministère des finances d'Egypte, dans son ouvrage *England in Egypt* : « L'Egypte, dit-il, est un pays dont les revenus sont exposés, dans une proportion exceptionnelle, à être affectés par les accidents naturels (physical accidents). Que le Nil soit exceptionnellement haut ou exceptionnellement bas une année quelconque, et le budget est complètement bouleversé, bien que l'état général des finances du pays soit exceptionnellement bon. *Dans ces conditions*, un fonds de réserve est de première nécessité; » — Attendu qu'en résumé le mot « extraordinaire » dont il s'agit ne peut être interprété que de la manière suivante : dépenses exceptionnelles, accidentelles, imprévues, et au sujet desquelles les mandataires légaux des porteurs de titres ont le devoir de sauvegarder avant tout les droits des dits porteurs, objet principal de leur mandat; — Attendu que le Gouvernement égyptien et le Gouvernement français ont du reste déjà interprété ledit article en ce sens, lorsqu'en 1890, le premier a proposé d'affecter une partie du fonds de réserve général à des dépenses militaires d'ordre intérieur, ce qui a été refusé; — Qu'ainsi on reconnaissait à ce moment qu'on ne pouvait toucher au fonds de réserve général pour certaines dépenses militaires, sans l'assentiment des puissances; -

Attendu que, si les dépenses militaires d'ordre intérieur ne doivent pas être comprises dans les dépenses extraordinaires dont parle le paragraphe 3 de l'article 3, à plus forte raison celles nécessitées par l'expédition du Dongola, qui n'ont rien d'accidentel ni d'imprévu et n'ont certainement pas été faites en vue de sauvegarder, d'une manière quelconque, les droits des porteurs de titres; — Que, dans tous les cas, elles ne rentrent pas dans la catégorie de celles qui, aux termes dudit décret, peuvent être autorisées par la commission de la Dette puisqu'il est reconnu par tous qu'elles sont d'ordre purement politique; — Attendu que le décret du 6 juin 1890 vient encore démontrer que le paragraphe 3 de l'article 3 du décret de 1888 ne peut avoir d'autre interprétation que celle qui a été donnée ci-dessus; Qu'en effet il indique de quelle manière devra avoir lieu l'amortissement et qu'il n'est que trop clair que, si l'interprétation du Gouvernement était admise, c'est-à-dire que le fonds de réserve général pût être employé à des dépenses de toutes natures, les porteurs de titres n'auraient plus de garanties et leurs droits seraient illusoires; Qu'il est démontré qu'il n'appartenait pas aux dits commissaires de consentir le prélèvement dont il s'agit, pour une expédition militaire, prélèvement qui peut porter la plus grave atteinte aux droits des porteurs de titres, anéantir la garantie à eux *exclusivement* destinée par la création du fonds de réserve général; — Attendu que seules les puissances pouvaient donner un tel consentement et modifier la destination du fonds de réserve; — Attendu que, tant que cette modification n'a pas eu lieu législativement, il est du devoir des tribunaux de faire observer les prescriptions contenues dans les divers décrets en vigueur; Attendu que les commissaires n'ayant ni

qualité, ni droit pour autoriser le dit prélèvement, il devient inutile de rechercher si leur décision devait être prise à la majorité ou à l'unanimité ».

244. « Attendu, en ce qui concerne l'atteinte portée aux droits acquis des porteurs de titres, qu'il ne saurait être contesté que les sommes devant servir à l'amortissement, leur ont été spécialement affectées, que c'est avec ces sommes qu'a été formé le fonds de réserve général et que, dès lors, en employant ces fonds à une autre destination que celle prévue dans ledit décret, on diminue tout au moins leurs sûretés, soit pour le paiement des coupons en cas d'insuffisance des revenus affectés, soit pour l'amortissement, si on ne les fait pas disparaître; — Attendu que l'on a essayé de soutenir que le droit individuel de chaque porteur de titres ne saurait lui permettre de demander la restitution des sommes prélevées au delà de l'atteinte réellement portée à son droit acquis; mais attendu que l'on oublie que la masse entière du fonds de réserve est globalement affectée à la garantie de chaque créancier comme à la garantie collective de tous; — qu'il y a là une indivisibilité de garantie dont on retrouve d'ailleurs le même caractère légal dans les autres sûretés réelles, telles que le gage et l'hypothèque, dont la totalité garantit chaque fraction de la dette (art. 669 du Code civil mixte et 2083 et 2090 du Code civil français); Attendu que, la violation du décret de 1888 dont il s'agit étant établie, il importe de déterminer la responsabilité de chacun des défendeurs... »

245. Dans cette partie centrale de son dispositif, le jugement du 8 juin, s'inspirant, tout au moins à son point de

départ, des principes que nous avons antérieurement mis en lumière, en réfutant la théorie de M. Péliissié du Rausas, considère comme allant de soi qu'il n'est possible d'accueillir la réclamation des porteurs de titres de la Dette égyptienne qu'autant que ceux-ci auront réussi à démontrer :

1° Qu'ils ont été atteints par la décision du 26 mars dans de véritables droits acquis, et non pas dans de simples intérêts ou espérances;

2° Que l'acte administratif, qui leur a causé cette atteinte, a été accompli en dehors des pouvoirs légaux de l'administration ou constitue, tout au moins, le résultat d'un exercice irrégulier ou excessif de ces pouvoirs. Puis il cherche à établir que cette double démonstration est réalisée.

Il glisse assez rapidement sur le premier point, l'atteinte au droit acquis, sans doute parce qu'il avait déjà implicitement tranché la question, en proclamant, dans la partie de ses motifs qui est consacrée à l'examen des fins de non-recevoir, que chacun des porteurs de titres de la Dette publique égyptienne est qualifié pour agir en justice en vue de faire respecter les stipulations des traités relatives à l'organisation de la Caisse de la Dette et à l'administration du fonds de réserve général, et en reconnaissant ainsi que les prétentions des dits porteurs sont, en la matière, garanties par la seule sanction vraiment efficace et tangible qui permette de distinguer avec certitude le droit subjectif individuel du simple intérêt, c'est-à-dire par des actions ou des moyens de défense judiciaires. Le tribunal mixte du Caire ajoute cependant ici un nouveau chaînon à son argumentation antérieure.

et met à profit la maladresse qu'avaient commise en l'espèce les défenseurs de la politique anglaise, en excitant d'une prétendue inaptitude des porteurs syndiqués à critiquer la décision de la Caisse de la Dette dans la mesure où le fonds de réserve sert à garantir, non plus leurs propres intérêts, mais ceux des porteurs restés étrangers au procès, pour réfuter — ce qui était relativement aisé — cette partie de leur thèse par l'invocation de celles des dispositions du Code civil mixte sur le gage et l'hypothèque d'où l'on peut déduire le principe de l'indivisibilité habituelle des sûretés réelles, et pour en conclure — ce qui devient beaucoup plus discutable — que le fonds de réserve général, formant l'objet d'une affectation spéciale à la sûreté des porteurs de titres de la Dette, doit présenter la même nature juridique que le gage et l'hypothèque, fonder les mêmes droits acquis au profit des créanciers protégés et être soumis au même régime d'indivisibilité.

246. A l'appui de cette assimilation, le tribunal se borne à affirmer — sans chercher peut-être à fortifier suffisamment ces affirmations par des démonstrations d'ordre juridique — *qu'il ne saurait être contesté* que, le fonds de réserve général ayant été formé au moyen de revenus antérieurement affectés à l'amortissement des emprunts de l'Etat égyptien, et l'affectation de ces sommes au service de l'amortissement ayant constitué jusqu'à 1888 une garantie organisée au profit des créanciers de l'Égypte, quoique suspendue en fait depuis 1882, le fonds de réserve amassé depuis par la capitalisation de ces ressources doit avoir hérité, par une sorte de subrogation légale, du même caractère de sûreté réelle, conférée en bloc aux porteurs

de titres de la Dette égyptienne mais susceptible d'être invoquée en justice par chacun d'eux isolément(1). Le tribunal écarte ainsi sans discussion, et dans des termes peut-être trop dédaigneux, les objections qu'on aurait pu être tenté d'adresser à ce raisonnement en faisant remarquer que, en supposant même que les garanties données, en exécution d'une entente avec les puissances, par la loi de liquidation de 1880, aux créanciers de l'Etat égyptien, relativement à l'amortissement futur de leurs titres, puissent être assimilées, au point de vue de leur qualification juridique et des facilités d'exercice individuel qu'elles comportent, à de véritables sûretés réelles du même type que le gage et l'hypothèque, il y a lieu de se demander si des accords internationaux postérieurs n'ont pas pu et voulu défaire ce que les accords antérieurs avaient fait ; si le décret du 12 juillet 1888 qui, ne l'oublions pas, est lui aussi le résultat d'une entente internationale, et qui a réglé, sur des bases entièrement nouvelles, la destination des ressources financières en question, a entendu ou non conférer aux porteurs de titres de la Dette égyptienne, sur le fonds de réserve dont il prévoit la constitution par la capitalisation des excédents annuels de revenus du budget, des droits de même nature et de même mécanisme pratique que ceux qui leur avaient été accordés par la loi de liquidation sur chacun de ces excédents annuels. Déjà, dans le choix des arguments invoqués pour démontrer que les membres du syndicat Herbault se prévalaient bien, comme l'exige l'article 11, d'un véritable droit, et non pas

(1) Pour le développement de l'argument admis ici par le tribunal, cf. BABLED, *Le procès de la Caisse de la Dette égyptienne devant la Cour mixte*, dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896 p. 554 et s.

d'un simple intérêt, semble percer ici, dans le jugement rendu par défaut sur le fond de l'affaire, une sorte de désir instinctif de la majorité des juges, de trouver la légalité d'accord avec les vues et les aspirations de la politique française, dont les intérêts se trouvaient dans l'espèce concorder partiellement avec ceux de la majorité des puissances européennes.

247. Cette propension s'affirme plus nettement encore dans les longs développements consacrés au second point, c'est-à-dire à la démonstration de l'illégalité de la décision du 26 mars 1896. Le tribunal n'aborde pas l'examen de la question de la régularité au point de vue de la forme de la mesure votée par la Caisse de la Dette, à la simple majorité de ses membres, qui avait été agitée dans les mémoires déposés par les avocats des demandeurs à l'appui de leurs conclusions. On comprend d'ailleurs aisément qu'elle ait pu lui paraître fort embarrassante à résoudre. Car les indications fournies par les textes étaient contradictoires. Si, d'une part, on pouvait invoquer, en faveur de l'exigence de l'unanimité pour la validité d'une décision de ce genre, l'article 635 du Code civil mixte qui décide que « quand plusieurs mandataires sont désignés dans le même acte, sans qu'il leur soit expressément donné pouvoir d'agir séparément, ils ne peuvent agir que collectivement », on pouvait, d'autre part, répliquer, en sens contraire, que la disposition de ce texte n'est guère péremptoire, ayant été écrite en vue de l'application aux contrats de mandat passés sous l'empire du droit civil égyptien, alors qu'il s'agissait, dans l'espèce, de fixer les pouvoirs de représentants légaux investis par les traités de la défense des intérêts collectifs des porteurs étrangers de titres de

la Dette et d'interpréter, par conséquent, des stipulations régies par le droit international, et non par le droit privé et interne de l'Égypte, et faire valoir que l'article précité ne s'applique que dans le cas où une volonté contraire n'a pas été exprimée par les mandants, que son autorité disparaît, dès lors, en présence de la disposition formelle contenue dans l'article 8 de l'acte même d'institution de la Caisse de la Dette, le décret du 2 mai 1876, que reproduit l'article 39 de la loi de liquidation, et qui dit que « le Gouvernement ne pourra, sans l'avis conforme des commissaires qui dirigent la Caisse de la Dette publique, *pris à la majorité*, porter dans aucun des impôts spécialement affectés à la Dette, des modifications qui pourraient avoir pour résultat une diminution de la rente de cet impôt ». Il est vrai que ce dernier texte, ne visant qu'une catégorie particulière de décisions de la commission de la Caisse, semblait au premier abord devoir être interprété comme une dérogation au droit commun et impliquer, par *a contrario*, que, dans tous les cas non prévus par lui, la décision des commissaires devait être arrêtée à l'unanimité. Mais une interprétation aussi restrictive de l'article 8 se heurtait, par ailleurs, à l'objection, vraiment décisive, d'aboutir à prêter des intentions incompréhensibles et invraisemblables au législateur de 1876, en supposant que, se contentant de la simple majorité des commissaires pour la validité de l'acte exceptionnellement grave qu'est le consentement donné à la transformation d'un des impôts affectés au service de la Dette, il avait, en revanche, voulu exiger l'unanimité des voix pour l'accomplissement régulier de toutes les menues opérations de la vie administrative que comporte la participation de la Caisse de la Dette à la gestion normale des finances égyptiennes, au risque de

rendre impossible la marche courante de cette administration. Il était également loisible de faire intervenir dans le débat cette remarque que, dans un cas exceptionnel — délégalation donnée à la commission pour examiner et approuver un impôt projeté sur le timbre et les patentes — où les puissances avaient voulu subordonner la validité des délibérations de cette commission à l'établissement d'un accord unanime entre les commissaires, elles avaient pris soin de le déclarer formellement (1), et l'on pouvait tirer de cette déclaration, en faveur de la thèse de la simple majorité, un argument de même nature et de même valeur que celui qu'empruntaient à l'interprétation restrictive de l'article 8 du décret de 1872 les partisans de la théorie de l'unanimité.

248. Les précédents n'étaient pas plus concluants que les textes. Et surtout ils n'étaient guère propres à justifier la solution de la question politique en jeu derrière la contestation judiciaire vers laquelle s'aiguillaient les préférences de la majorité des juges. La défense pouvait, en effet, se prévaloir de l'intervention dans le passé de toute une série de décisions de la commission de la Caisse qui étaient entrées sans difficulté en exécution, quoique arrêtées à la simple majorité et qui — comme l'avouait plus tard, dans un article de la *Revue générale du droit international public* (2), l'avocat de M. Bouteron et l'un des défenseurs les plus ardents de la thèse française, M. Babled — prenaient par leur répétition l'allure d'une

(1) Cf. la correspondance entre le Ministre des finances égyptien et la Caisse en 1888 et 1889, dans le *Compte rendu de la Caisse pour 1889*, p. 150 et s.

(2) III, 1896, p. 552.

pratique administrative. Mais cette pratique, qu'il était permis d'expliquer comme le résultat de concessions faites aux exigences de la régularité et de la célérité dans l'expédition des affaires administratives courantes confiées à la gestion ou au contrôle de la Caisse de la Dette, n'était pas assez précise et assez générale pour s'imposer nécessairement à l'imitation dans un cas aussi nouveau et aussi grave que celui qui était soumis, dans l'espèce, à l'appréciation des juges. Enfin, les considérations d'ordre spéculatif déduites de part et d'autre de l'analyse de la structure juridique de l'institution de la Caisse de la Dette n'étaient guère de nature, à raison de la complexité même de cet organisme, à faire pencher bien sensiblement la balance en faveur de l'une quelconque des deux opinions en présence.

249. Si l'on faisait valoir, en faveur de la théorie de l'unanimité, que les membres de la commission de la Caisse de la Dette étant, en fait, choisis chacun par l'une des six principales puissances européennes, doivent être considérés comme les représentants de ces puissances, et que leurs délibérations doivent être, par cette raison, soumises au même régime que les congrès et conférences diplomatiques où la majorité n'est pas admise à faire la loi à la minorité; on risquait de se voir répliquer, du côté adverse, que :

1°) Le caractère purement diplomatique, prêté à la fonction des commissaires de la Dette, est en contradiction flagrante avec l'affirmation — sur laquelle le tribunal mixte du Caire s'était fondé pour écarter la fin de non-recevoir soulevée contre l'action du syndicat Herbault — que les commissaires sont les représentants, non pas des

gouvernements qui les ont désignés, mais des porteurs de titres de la Dette égyptienne, doivent leurs comptes aux seconds et non pas aux premiers, et ne sont investis que d'un mandat civil, nullement d'un mandat politique ;

2^o) Que leur charte même d'institution déclare expressément qu'ils doivent être considérés, aux yeux de la loi, non pas comme des agents accrédités par les puissances étrangères près de l'Égypte, mais comme des fonctionnaires égyptiens recevant l'investiture de leurs fonctions de l'autorité khédiviale. Si l'on invoquait, comme le faisait notamment M. Babled (1), que les commissaires sont devenus, depuis l'emprunt garanti, les défenseurs légaux des intérêts financiers des États garants, en même temps que les gardiens des intérêts des porteurs de titres ; que le fonds de réserve général sert, en réalité, de gage, non seulement aux créanciers de l'État égyptien, mais encore aux six puissances ayant cautionné l'emprunt garanti et représentées au sein de la commission de la Dette ; que les membres de ladite commission ne peuvent, dès lors, toucher à ce fonds que d'un commun accord, parce que toute dépense extraordinaire, qui diminue la réserve, augmente par là même pour les puissances le risque d'un appel à leur garantie et retarde la réalisation d'amortissements qui allégeraient leur responsabilité financière éventuelle ; qu'il ne peut pas dépendre de la majorité des six puissances en question d'imposer aux autres, par voie de décisions de la commission de la Caisse, une aggravation de l'obligation de garantie commune ; on s'exposait à s'entendre répondre que l'étendue de la sûreté offerte aux puissances garantes,

(1) *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 553.

par l'établissement du fonds de réserve, ne saurait dépasser les limites tracées par les parties contractantes elles-mêmes ; que les puissances intéressées par les accords internationaux, que sanctionne le décret khédivial du 12 juillet 1888, avaient expressément consenti à ce que l'imputation de dépenses extraordinaires sur le fonds de réserve put être accomplie, sans solliciter l'adhésion individuelle de chacune d'elles, avec la seule autorisation de la commission de la Caisse de la Dette, c'est-à-dire de fonctionnaires, dont chacun sans doute est désigné à l'investiture du Khédive par l'une d'entre elles, mais qui n'en restent pas moins des fonctionnaires khédiviaux, chargés d'assurer collectivement le service d'un des rouages de l'administration publique égyptienne ; que, dans ces conditions, pour que, contrairement aux règles naturelles qui régissent l'action délibérative des collèges, commissions et assemblées coopérant à la gestion ou au contrôle des diverses branches de l'administration publique dans chaque pays, la validité des décisions de la commission de la Caisse de la Dette autorisant les prélèvements prévus comme possibles avec son concours par l'article 3 du décret de 1888 pût être subordonnée à la justification d'une entente unanime entre tous les membres de la commission, il aurait fallu que les puissances intéressées le stipulassent dans les pourparlers de la Réforme de 1888 et fissent noter cette réserve dans le décret khédivial enregistrant les résultats de l'accord passé avec elles.

250. Le tribunal du Caire aurait certainement pu éviter de mêler à l'examen de la légalité de l'acte attaqué — qui rentrait dans sa compétence — l'appréciation de l'oppor-

tunité administrative et de la valeur politique dudit acte — qui, nous l'avons vu, lui est interdite par l'article 11 — en ne discutant la décision du 26 mars qu'au point de vue de la régularité en la forme et en se bornant à rechercher si elle ne devait pas être considérée comme démunie de toute valeur légale, parce que prise à la simple majorité, et non pas à l'unanimité des suffrages. Mais il semble avoir compris qu'il lui serait difficile, en se plaçant sur ce terrain trop fuyant, de justifier juridiquement l'admission des réclamations formulées par le syndicat Herbault et par la minorité des commissaires de la Caisse de la Dette. Car, en dernière analyse, et en pesant minutieusement les arguments qui militent dans un sens et dans l'autre, il semblait que, sur ce point, les faits et les textes fussent peut-être plus favorables à la thèse anglaise qu'à la thèse française. Telle était, en tout cas, l'impression qu'ils avaient donnée au seul auteur qui eût soumis la question à une étude réellement attentive et impartiale, avant qu'elle n'entrât dans le cercle de l'actualité judiciaire, M. Kaufmann qui, en 1891, dans son article sur *Le Droit international et la Dette publique égyptienne*, n'avait pas hésité à se prononcer en faveur de la validité des décisions prises par la commission à la simple majorité des voix (1). Il y a lieu de noter, en outre, que, même à l'époque où les controverses politiques provo-

(1) Dans *Revue de droit international et de législation comparée*, XXIII, p. 287, note 1. Sans abandonner cette opinion, M. Kaufmann a été amené à y apporter une restriction, pour les actes d'administration extraordinaires, dans sa brochure : *Die Kommissare der Kasse der Egyptischen Staatsschuld*, écrite en 1896 sous l'influence des premières discussions soulevées par la décision du 26 mars et traduite en français par M. Babled. L'opinion contraire avait toutefois été esquissée dès 1895 par M. FÉLISSIÉ DU RAUSAS, dans *Revue générale du droit international public*, II, p. 234-236.

quées par l'affaire de la Caisse de la Dette ont atteint le diapason le plus élevé, les écrivains, qui ont développé dans les revues scientifiques le point de vue français, ont souvent reconnu eux-mêmes les difficultés auxquelles se heurtait la théorie de l'unanimité et essayé, pour y échapper, de limiter l'application de cette doctrine par des distinctions plus ou moins ingénieuses, mais présentant toutes le défaut de ne rencontrer aucun point d'appui dans les textes ou les précédents (1). Ajoutons enfin, qu'au lendemain de la clôture définitive des débats de cette bruyante affaire, l'un des avocats qui s'étaient le plus largement servi, soit en première instance, soit devant la Cour, pour défendre les revendications françaises, de l'invocation de la prétendue nullité de forme de la délibération du 26 mars (2), reconnaissait lui-même que la question de savoir si les décisions de la commission de la Caisse de la Dette doivent être prises à la majorité ou à l'unanimité est des plus obscures et exprimait le vœu que les tribunaux fussent amenés, le plus tôt possible, à la résoudre, sans oser préjuger le sens dans lequel s'orienterait leur jurisprudence (3). Ceci nous explique pourquoi

(1) POLITIS, *La Caisse de la Dette égyptienne, Ses pouvoirs et sa responsabilité*, dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 249. — Cf. SAINT-MARC, dans *Revue du droit public et de la science politique*, V, 1896, p. 471 et suiv.

(2) BABLED, *Conclusions pour M. Bouteron dans l'affaire de la Caisse de la Dette*, p. 14-17, et *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 552-554.

(3) BABLED, *Le procès de la Caisse de la Dette égyptienne et l'arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie*, dans *Revue générale du droit international public*, IV, 1897, p. 134. Finalement la question n'a jamais été résolue par la jurisprudence elle-même (*Rapport du conseiller judiciaire pour l'année 1899*, p. 33-34). Il a fallu pour la trancher une intervention législative. Le décret khédivial du 13 novembre 1899 (*Journal Officiel* du 15 novembre 1899), rendu

le tribunal mixte du Caire a évité, dans le jugement du 8 juin 1896, de prendre parti en ce qui concerne les objections dirigées, du chef de la régularité en la forme, contre la délibération de la commission de la Caisse de la Dette et a préféré concentrer tous ses efforts vers la démonstration de l'illégalité de cette décision au point de vue du fond.

251. Les considérants, si développés, et si laborieux, que le tribunal consacre à cette démonstration se ramènent finalement, en dépit de leur complexité apparente, à un

avec l'approbation des puissances, a fait prévaloir la thèse d'après laquelle le consentement de la simple majorité suffit pour la validité des décisions de la commission de la Caisse, mais, pour obtenir ce résultat, le Gouvernement a dû faire toutefois une concession importante au point de vue français, en prévoyant dans ledit décret, que la Caisse ne peut autoriser le prélèvement de dépenses extraordinaires sur le fonds de réserve, qu'autant, qu'après déduction de ces dépenses, il reste dans la réserve, au moins une somme de 800.000 L. E. disponible et libre de tout engagement. Un nouveau pas en avant, dans la voie du triomphe de la théorie de la simple majorité a d'ailleurs été réalisé, à la suite de l'accord franco-anglais du 8 avril 1904, par le décret khédivial rendu avec l'approbation des puissances du 28 novembre 1904 dont l'article 28 porte : « Les décisions de la commission de la Dette sont prises à la majorité absolue des membres qui la composent ». Mais, même dans ce dernier décret qui constitue pourtant la première réalisation dans le domaine du droit constitutionnel égyptien de la politique de l'entente cordiale, le triomphe du principe majoritaire, en ce qui concerne la réglementation légale des délibérations de la Commission de la Caisse, n'est encore consacré que sous la réserve de satisfactions compensatrices données sur d'autres points à la thèse soutenue par les défenseurs officieux de la politique française dans le retentissant procès de 1896. Car, l'article 28 y trouve sa contrepartie dans l'article 37 qui affirme l'existence, au profit des commissaires de la Caisse, du droit d'agir en justice, non pas seulement collectivement, mais aussi individuellement, pour obtenir l'exécution des obligations incombant au Gouvernement. Cf. *Blue Book* de 1904, édition française, p. 13.

unique argument : l'affirmation que les commissaires n'avaient pas qualité pour permettre au Gouvernement d'opérer un prélèvement sur le fonds de réserve général en vue de faire face aux dépenses d'une expédition militaire; qu'en autorisant pareille mesure, ils étaient sortis de la sphère de leurs pouvoirs et que leur décision était, par conséquent, frappée de nullité comme émanant d'une autorité incompétente pour l'émettre. Il faut bien reconnaître que cette affirmation d'incompétence semble, au premier abord, démentie par une disposition formelle du texte qui est destiné à fixer, en même temps que le rôle et l'affectation du fonds de réserve général, les pouvoirs que peuvent exercer, par rapport à lui, les commissaires de la Caisse de la Dette. L'article 3 du décret du 12 juillet 1888 déclare, en effet, dans son troisième et dernier alinéa, que le fonds de réserve général peut servir en troisième et dernière ligne « à des dépenses extraordinaires engagées conformément à l'avis préalable de la commission de la Caisse de la Dette » (1). Le caractère de dépenses budgétaires extraordinaires, au sens commun et usuel du mot, ne pouvant être contesté aux frais exceptionnels que la campagne projetée contre les Derviches allait obliger le Gouvernement à assumer, il n'eût pas été douteux, si l'on n'eût fait état que de la teneur littérale du

(1) En dehors de la disposition même de cet article 3, le tribunal n'invoque, à l'appui de sa thèse, qu'un argument tiré d'un texte du décret du 6 juin 1890, relatif à l'amortissement de la Dette, qui ne joue visiblement qu'un rôle de remplissage, et un précédent de l'année 1890, qui n'a aucune valeur probante, parce qu'il est intervenu dans un cas où le Gouvernement proposait l'imputation sur la réserve de dépenses, sans doute militaires, mais rentrant par leur nature durable dans le cadre des dépenses budgétaires ordinaires, et non pas, comme c'était le cas des frais de l'expédition du Dongola, dans la catégorie des dépenses extraordinaires.

texte régissant en la matière la compétence des commissaires, que ceux-ci n'eussent capacité pour autoriser l'imputation de pareilles dépenses sur la réserve générale.

Vainement eût-on essayé, avec M. Politis (1), d'infirmar la signification apparente de l'alinéa 3 de l'article 3, en recourant, pour en limiter la portée à la comparaison de l'alinéa 2 du même article, qui destine en seconde ligne le fonds de réserve à combler les dépenses prévues par le décret du 27 juillet 1885 (dépenses du budget annuel) et *autres consenties et à consentir par les puissances*, et en interprétant ces derniers mots comme signifiant qu'il n'est possible d'imputer sur le fonds de réserve, même avec l'avis de la commission de la Caisse, que des dépenses prévues et autorisées en principe par les puissances elles-mêmes et comme impliquant que le rôle attribué à cet égard à la commission de la Caisse de la Dette se borne à fixer le montant des dépenses extraordinaires dont la nature, mais non le quantum, a été antérieurement déterminée par les puissances. Car une argumentation de ce genre eût trop visiblement méconnu l'économie générale de l'article 3, dont les divers alinéas n'entrent pas en combinaison pour régler par leur concours une seule et même situation, mais traitent des questions distinctes et prévoient successivement, en les

(1) *La Caisse de la Dette égyptienne* dans *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 251. M. POLITIS paraît sentir lui-même la faiblesse de cette argumentation et l'invraisemblance des résultats auxquels elle conduit. Car il rectifie lui-même ces résultats en ajoutant, par une contradiction fort apparente avec ses prémisses, que la commission de la Caisse peut au moins autoriser les dépenses extraordinaires même non prévues par les puissances quand elles sont « peu importantes et tout à fait indispensables à l'administration de l'Etat ».

classant en quelque sorte par ordre hiérarchique, trois emplois possibles des capitaux du fonds de réserve : emploi :

1°) Pour assurer la régularité dans le paiement des coupons des porteurs de titres de la Dette;

2°) Pour maintenir, même aux époques où des déficits viendraient à se faire sentir dans la productivité des impôts par rapport aux prévisions budgétaires, le budget normal des recettes de l'Etat égyptien à l'étiage fixé par les accords internationaux;

3°) Pour réaliser, en dehors de ce budget normal, et additionnellement à lui, les dépenses extraordinaires et passagères que des événements exceptionnels peuvent rendre nécessaires dans certaines années déterminées. La disposition de l'alinéa 2 s'explique fort naturellement comme une conséquence nécessaire de l'article 18, alinéa 3, du décret khédivial du 27 juillet 1885 rendu avec l'assentiment des puissances, qui avait fixé le budget annuel de l'Egypte à une somme déterminée ne pouvant être dépassée par le Gouvernement de sa propre autorité. En présence de cette mesure antérieure de défense financière européenne, et sous peine de la rendre inefficace, le décret du 12 juillet 1888 ne pouvait autoriser l'application du fonds de réserve à l'acquittement de dépenses du budget ordinaire, c'est-à-dire de nature à se reproduire d'années en années, qu'à la condition que celles-ci pussent rentrer dans les prévisions du décret de 1885 ou des textes internationaux postérieurs apportant des dérogations ou des élargissements à l'article 18 dudit décret. On comprend aisément que, tout en déléguant, dans l'alinéa 3 de l'article 3 du décret du 12 juillet 1888, à la commission de

la Caisse de la Dette le droit de consentir, par le moyen de prélèvements sur les fonds de la réserve, à des dépenses extraordinaires, que les circonstances peuvent rendre urgentes et qui constituent des sacrifices faits une fois pour toutes, les puissances aient tenu à se réserver le droit d'autoriser seules les dépenses ordinaires qui sont de nature à entraîner par leur périodicité une augmentation durable du chiffre maximum budgétaire fixé par le décret de 1885 et les textes complémentaires; qu'elles aient toléré plus volontiers des dérogations passagères que des dérogations permanentes au régime budgétaire établi par l'accord de 1885. Telle est incontestablement la signification des derniers mots du second alinéa de l'article 3 du décret de 1888 qui visent les dépenses budgétaires normales, et non pas les dépenses extraordinaires, régies exclusivement par la disposition de l'alinéa 3.

252. La déclaration d'incompétence formulée par le tribunal ne trouvait donc d'appui ni dans la lettre de l'alinéa 3 de l'article 3, ni dans la signification apparente des dispositions combinées dudit article 3, ni même dans la confrontation de ce texte avec les autres articles du décret du 12 juillet 1888. Qu'importe, en effet, que l'article 1 dudit décret ait destiné à l'alimentation du fonds de réserve des ressources qui, pour la plupart — mais non pas toutes — étaient antérieurement affectées à l'amortissement de la Dette égyptienne, puisqu'il constate, en même temps que l'affectation ancienne, sa suppression ou, au moins, sa suspension; et puisqu'il résulte de la combinaison même de ce texte avec l'article 3, que les puissances ont consenti en 1888, pour assurer à leurs ressortissants des garanties complémentaires de paiement régulier et intégral des

arrérages de leurs créances sur l'Etat égyptien — qui présentaient pour eux beaucoup plus d'importance que les perspectives anciennes de prompt remboursement — à ce que les sommes en question ne fussent plus désormais affectées uniquement au paiement des porteurs de titres, mais puissent servir aussi à combler les déficits du budget normal, et même à faire face à des dépenses exceptionnelles. Qu'importe aussi que l'article 4 du même décret vienne disposer que l'amortissement de la Dette publique égyptienne sera repris dans les conditions énoncées dans l'article 22 du décret du 27 juillet 1885 dès que le fonds de réserve aura été intégralement constitué, pour être suspendu de nouveau quand et tant que, par suite des prélèvements opérés en vertu de l'article 3, son capital sera inférieur à L. E. 2.000.000! On ne saurait invoquer légitimement ce texte pour critiquer telle ou telle mesure d'imputation sur la réserve sous le prétexte qu'elle est de nature à causer un retard trop prolongé à la reprise de l'amortissement, puisque l'article 4 prévoit lui-même l'éventualité de ces retards et abandonne expressément au seul article 3 le soin de déterminer dans quelle mesure et pour quelles causes peuvent être opérés les prélèvements qui entraîneront comme conséquence nécessaire la prolongation ou le recommencement de la suspension du service des amortissements.

253. La teneur apparente, tant de l'article 3, alinéa 3, que de l'ensemble des dispositions du décret khédivial du 12 juillet 1888 ne fournissant aucun point d'appui à l'accusation d'excès de pouvoirs formulée contre la décision des commissaires de la Dette, il fallait, pour arriver à justifier cette accusation, abandonner résolument le terrain

de l'interprétation littérale pour se retrancher derrière l'esprit de la loi. C'est ce que fait le tribunal dans le jugement du 8 juin. Il s'efforce de démontrer, par l'analyse des travaux préparatoires du décret de 1888 que, dans la pensée de ses auteurs, l'alinéa 3 de l'article 3 ne délègue pas à la commission de la Caisse — comme pourrait le faire croire une rédaction trop générale — le droit d'autoriser l'imputation sur la réserve de toutes les dépenses extraordinaires de quelque nature qu'elles soient, mais seulement de certaines catégories d'entre elles parmi lesquelles ne figurent pas les frais faits en vue de la préparation d'expéditions militaires. A vrai dire, il fallait renoncer à la démonstration directe d'une manifestation de l'intention d'exclure spécialement et nommément du cercle d'application de l'article 3, alinéa 3, toutes les dépenses d'ordre militaire. Car les correspondances officielles échangées à la veille et à l'occasion de l'émission du décret international de 1888 étaient absolument muettes à cet égard. Si la France affirmait en 1896, par l'organe officieux de M. Louis, qu'elle n'avait consenti en 1888 à la suspension de l'amortissement qu'à la condition tacite que la réserve qu'on allait instituer ne fût jamais employée qu'à des applications vraiment utiles aux porteurs de titres de la Dette publique et qu'elle eût refusé son adhésion si elle eût pu supposer qu'une partie quelconque des capitaux, que l'on se proposait de constituer ainsi, pût servir à un usage militaire; le Gouvernement égyptien déclarait, de son côté, que, dès l'origine, il avait entendu comprendre parmi les dépenses extraordinaires de l'alinéa 3 celles qui seraient nécessaires à la réoccupation éventuelle du Soudan. Affirmations également invérifiables. La vérité est que, ni d'une part ni de l'autre, on n'avait pu prévoir

en 1888 les problèmes militaires que soulèverait un jour une évolution de la politique soudanienne de l'Angleterre qui, comme nous l'avons vu, ne s'est dessinée que sous l'action d'événements politiques postérieurs à cette date.

254. A défaut de cette démonstration directe, le tribunal se rabat sur une démonstration indirecte. Il cherche à établir que le but et l'objet de la réforme de 1888, tels qu'ils ont été compris et exposés, au cours des pourparlers préliminaires, s'opposent à ce qu'on puisse faire rentrer des dépenses, du genre de celle qu'avait approuvée la décision du 26 mars, dans le cercle des prévisions de l'article 3, alinéa 3. Des passages de la réponse faite par la commission de la Caisse à la lettre du 19 janvier 1888 par laquelle le Gouvernement lui avait communiqué le projet de constitution du fonds de réserve et de la circulaire du 3 mars 1888 adressée à ce sujet par Nubar Pacha aux puissances, où il est dit que l'établissement de la réserve fournira *une garantie de plus* aux porteurs des titres de la Dette, il croit pouvoir déduire que le fonds de réserve a été institué uniquement dans l'intérêt des porteurs de titres de la Dette égyptienne. Conclusion qui dépasse quelque peu les prémisses. Car, si les documents diplomatiques invoqués contiennent bien les mots que le jugement du 8 juin leur emprunte, en les isolant de leur contexte, ils les font suivre de commentaires qui en précisent le sens, et attestent clairement que ce n'est pas tout l'ensemble du dispositif du décret de 1888 qui y est considéré comme destiné à procurer une garantie nouvelle aux porteurs, mais seulement la prescription du premier alinéa de l'article 3 qui stipule que les capitaux de la réserve devront être employés en première ligne — mais non pas

exclusivement — à combler l'insuffisance des revenus affectés au service de la Dette. Ces mêmes documents, et en particulier la circulaire de Nubar Pacha, montrent, dans les développements qui précèdent ou qui suivent ces lignes, que les dispositions suivantes de l'article 3, celles qui forment l'objet des alinéas 2 et 3, ont été édictées avant tout dans l'intérêt des administrations égyptiennes pour assurer la stabilité des finances du pays; qu'elles représentent la contre-partie des avantages conférés par le premier alinéa dudit article aux créanciers européens de l'Etat égyptien, et qu'il en est de l'accord de 1888 comme de toutes les conventions internationales, conclues pacifiquement, et en dehors de l'empire de la crainte, qui tendent d'ordinaire, non pas à faire prévaloir exclusivement les aspirations ou les désirs d'une seule des parties, mais à concilier par des concessions mutuelles les intérêts des divers contractants. L'un des avocats des demandeurs qui, après avoir plaidé la thèse française devant le tribunal mixte, a tenu à la défendre aussi auprès de l'opinion publique par le moyen d'articles publiés, dans les grandes revues scientifiques européennes, M. Babled (1), reconnaissait lui-même, au lendemain de la prononciation du jugement du 8 juin, que cette partie de l'exposition des motifs contenait vraiment quelque part d'exagération et n'hésitait pas à la rectifier en disant que le fonds de réserve a été créé, non pas dans l'intérêt exclusif, mais seulement dans l'intérêt prédominant des créanciers de l'Egypte. Se rendant compte de la gravité des objections que les alinéas 2 et 3 de l'article 3 pouvaient fournir contre l'affirmation initiale, même ainsi retouchée, il s'efforçait d'y

(1) *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 547.

répondre en bâtissant, pour renforcer les motifs développés dans le jugement, une argumentation de renfort qui ne laissait pas elle-même que de présenter quelques points faibles et en invoquant, pour concilier les dispositions en question avec la revendication d'un droit de gage au profit des porteurs de titres sur toutes les valeurs du fonds de réserve, que, si le décret de 1888 a permis au Gouvernement de faire appel à la réserve, pour remédier aux déficits de son budget ordinaire ou pour acquitter certaines dépenses extraordinaires de nature à compromettre l'équilibre de ses finances, « c'est que cet équilibre est pour les créanciers une question vitale, aussi importante que le paiement régulier de leurs amortissements et de leurs arrérages ». Reprenant, après cette rectification et ce complément de justification, la thèse adoptée par le tribunal, il en concluait que le troisième alinéa de l'article 3 doit être interprété en ce sens que « parmi les dépenses extraordinaires, les seules imputables par les commissaires sur le fonds de réserve seront celles de nature à *profiter soit directement, soit tout au moins indirectement et par voie de conséquence, aux créanciers de l'Egypte* » (1).

255. C'est à la même interprétation restrictive de l'étendue de la délégation confiée par les puissances aux commissaires de la Caisse dans l'alinéa 3 du décret de 1888, c'est au même critérium de distinction entre les dépenses susceptibles et les dépenses insusceptibles d'être autorisées par la commission de la Caisse, tiré de la considération de leur utilité ou de leur absence d'utilité pour les créanciers de l'Etat égyptien, que s'arrête finalement, quoique en

(1) *L. c.*, p. 548.

les formulant en termes plus confus et plus alambiqués, le jugement du 8 juin 1896, en disant que, dans le décret du 12 juillet 1888, « en employant le mot *extraordinaires*, on n'a entendu parler que des seules dépenses accidentelles imprévues, qui pourraient déranger l'équilibre du budget de l'Etat *et porter ainsi atteinte aux intérêts des porteurs de titres* »; que ce terme ne désigne en réalité « que des dépenses exceptionnelles — *au sujet desquelles les mandataires légaux des porteurs de titres ont le devoir de sauvegarder avant tout les droits desdits porteurs*, objet principal de leur mandat ». La citation empruntée à l'œuvre littéraire d'un écrivain anglais — qui, n'ayant joué qu'un rôle de second plan dans la direction des finances égyptiennes et ne se piquant point par ailleurs de connaissances juridiques, ne se trouvait pas particulièrement qualifié pour interpréter le sens et la portée de l'alinéa 3 de l'article 3 du décret de 1888 — achève de préciser la pensée du tribunal. — A ses yeux ne peuvent constituer des dépenses extraordinaires, aux termes du décret de 1888, que celles dont le but est de conjurer ou de réparer des accidents ou des calamités publics, qui, en compromettant le développement économique du pays, risqueraient du même coup de restreindre dans l'avenir le rendement des impôts, de détruire l'équilibre et la stabilité des finances et d'enlever à l'Etat égyptien les moyens de servir régulièrement à ses créanciers les arrérages de la Dette. Seules sont susceptibles, d'après le jugement du 8 juin, d'être imputées sur le fonds de réserve avec l'approbation de la Caisse de la Dette, celles qu'une saine et exacte appréciation des intérêts permanents des porteurs de titres doit conduire les commissaires de la Caisse à laisser opérer, même sur les sommes qui constituent le gage de leurs mandataires,

parce qu'elles apparaissent comme étant en quelque sorte rémunératrices et productives pour eux, en ce sens qu'elles leur évitent pour l'avenir des préjudices fort supérieurs aux sacrifices immédiatement consentis en leur nom.

Le tribunal déclare qu'il va de soi que des dépenses d'ordre militaire ne présentent jamais ce caractère. Mais il néglige de justifier cette affirmation. Et il eût pourtant été utile de le faire. Car il semble bien, au contraire, que la survenance d'insurrections régionales, ou l'occupation subite de provinces égyptiennes par des bandes, à organisation plus ou moins stable, du genre de celles qui depuis 1882 empêchaient l'autorité khédiviale de s'exercer, en fait, sur les régions soudaniennes, relevant théoriquement de sa souveraineté, ou même — ce qui nous rapproche de la situation de l'Egypte en 1896 telle que la décrivaient, en la poussant volontairement au noir, les porte-parole de la politique anglaise — l'établissement sur les frontières égyptiennes de peuplades remuantes et insoumises troublant par leurs incursions et leurs expéditions de razzia la vie agricole d'une partie du pays, ne soient pas des éventualités moins menaçantes pour la productivité des finances égyptiennes que les irrégularités dans les crues du Nil, et que les mesures accidentelles de répression militaire qui seraient prises pour prévenir ou faire cesser de pareils états de choses, ainsi que les dépenses imprévues et exceptionnelles qu'elles nécessiteraient, présenteraient pour les créanciers de l'Etat égyptien exactement le même genre d'intérêt indirect que des mesures de défense contre l'insuffisance ou l'excès des crues du Nil.

Le tribunal recule ici — nous verrons tout à l'heure pourquoi — devant l'expression intégrale et brutale de sa

pensée. L'objection d'improductivité pour les créanciers européens qu'il adresse en apparence à toutes les dépenses militaires envisagées abstraitement et en tant que genre et qui, sous cette forme générale, est manifestement injuste — ne vise, en réalité, que les dépenses spéciales et concrètes de l'expédition du Dongola. Le jugement s'inspire ici, tout en ne le laissant entendre qu'à demi-mot, des critiques que les avocats des demandeurs avaient formulées contre l'opportunité politique et économique de la campagne projetée contre les Derviches, et qui ont été résumées avec une particulière netteté dans l'article déjà souvent cité de M. Babled (1). On avait fait valoir en effet du côté français, que l'Angleterre, en imposant au Gouvernement khédivial l'expédition du Soudan, ne s'était préoccupée que de ses propres intérêts sans consulter ni les intérêts des porteurs de titres de la Dette égyptienne, ni ceux de l'Égypte elle-même; qu'elle engageait le pays dans une aventure que l'expérience du passé démontrait être grosse d'aléas et de surprises et qui risquait d'aboutir à une banqueroute; qu'en supposant même qu'une entreprise aussi audacieuse pût être couronnée de succès, elle entraînerait des dépenses si considérables qu'elles feraient disparaître rapidement les réserves financières du pays, ajourneraient indéfiniment la reprise de l'amortissement et mettraient la Caisse de la Dette hors d'état de combler les déficits qui pourraient se produire pendant les années à venir dans la productivité des ressources affectées à la garantie de la Dette publique.

256. Tout en laissant visiblement déterminer sa sentence

(1) *Revue générale du droit international public*, III, 1896, p. 550 et suiv.

par l'influence de ces considérations, le tribunal mixte du Caire tourne court au moment de les développer, au risque de laisser sa démonstration inachevée, parce qu'il s'aperçoit qu'elles reposent sur l'appréciation de l'opportunité politique et de l'utilité financière de la mesure arrêtée par la commission de la Dette dans sa délibération du 26 mars, et qu'elles l'entraînent ainsi à sortir du terrain de la discussion de la légalité des actes, ouvert à ses investigations par l'article 11 du *R. O. J.*, pour s'aventurer sur un terrain interdit par cet article : celui de la juridiction de mérite, du jugement de la valeur technique des décisions des administrations égyptiennes. La déviation qu'il imprime ainsi, sans oser l'avouer, aux règles générales de l'article 11 peut d'ailleurs s'expliquer comme une conséquence logique de l'interprétation donnée par lui à l'article 3, alinéa 3, du décret de 1888 qui, faisant de l'utilité et de la productivité probables des dépenses extraordinaires pour les créanciers européens, une condition *sine qua non* de l'admission de l'imputation de ces dépenses sur le fonds de réserve, arrive à transformer, pour l'application dudit texte, comme cela se produit d'ailleurs dans d'autres hypothèses, certaines questions d'opportunité administrative en questions de légalité.

Il devient beaucoup plus difficile de concilier avec les principes directeurs du système italo-belge de défense judiciaire des droits individuels, consacré dans l'article 11 du *R. O. J.*, les conclusions que le jugement du 8 juin 1896 dégage de la constatation de l'excès de pouvoirs qu'il estime avoir été commis dans la délibération du 26 mars par la majorité des membres de la commission de la Caisse de la Dette. Tout en proclamant, en principe, que les commissaires qui ont accordé le prélèvement sur le

fonds de réserve pour les dépenses de l'expédition du Dongola ont engagé par là leur responsabilité personnelle envers les porteurs de titres, le tribunal, constatant que les demandeurs n'ont conclu à leur condamnation que pour le cas d'inexécution par le Gouvernement des obligations de réparation qui lui seront imposées, déclare qu'il y a lieu de réserver quant à présent la décision sur ce point et ne statue que sur les actions dirigées contre le Gouvernement. Il le fait dans les termes suivants :

« Au fond : Donne défaut contre le Gouvernement égyptien, MM. Money, Morana, etc..., *dit que les prélèvements* de la somme de 350.000 L. E. opérés à la date des 26 mars et 18 avril 1896, *ont eu lieu en violation des droits* conférés aux porteurs de titres par les décrets susvisés; — Condamne, en conséquence, le Gouvernement égyptien à payer à la Caisse de la Dette publique, pour être versée au fonds de réserve général, ladite somme de 350.000 L. E. pour les causes sus-énoncées, avec intérêt à raison de 5 % l'an à partir de chaque prélèvement; — Dit qu'il n'y a pas lieu à statuer quant à présent sur les conclusions prises à l'encontre de MM. Money, Morana, baron de Richthofen et comte Zaluski; — *Ordonne* à MM. G. Louis, A. Money, J.-B. Morana, baron de Richthofen, comte Zaluski et A. Yonine, *en leur qualité de commissaires de la Dette publique*, de retenir toutes les sommes qu'ils peuvent ou pourront ultérieurement avoir en mains appartenant ou revenant au Gouvernement jusqu'à concurrence des sommes qui auraient été prélevées dans les conditions rapportées ci-dessus, en y ajoutant les intérêts, et de les restituer au fonds de réserve général; — Dit que les poursuites en exécution du jugement ci-dessus auront lieu par toutes les voies

légales aux requêtes et diligences de MM. Louis et Yonine en leur qualité de commissaires de la Dette, soit collectivement, soit séparément; — Condamne enfin le Gouvernement en tous dépens vis-à-vis de tous demandeurs ou intervenants, à l'exception des dépens de l'intervention des syndicats Zervudachi et consorts, Stagni et consorts, qui sont mis à la charge de ces derniers ».

257. Dans ce dispositif, si clairement et si énergiquement rédigé, le tribunal ne dissimule plus qu'il est amené, par la nature vraiment exceptionnelle et la gravité politique de l'affaire en litige, à se mouvoir en dehors et au-dessus de la sphère courante d'application de l'article 11 et sans pouvoir toujours tenir compte des restrictions que le mécanisme légal de cet article, tel qu'il ressort à la lumière des précédents européens, apporte normalement à sa liberté de mouvement dans l'exercice de ses attributions tutélaires du droit individuel vis-à-vis des administrations publiques. Oubliant la distinction, sans doute subtile, mais qui n'en forme pas moins l'une des bases essentielles de l'économie même du système italo-belge, entre la simple constatation et la prononciation de l'illégalité de l'acte attaqué, il n'hésite pas à émettre, contre la délibération du 26 mars, une véritable déclaration de nullité, comparable au point de vue de sa portée et de ses effets à celles qui, dans le système français, peuvent émaner des tribunaux administratifs statuant sur le contentieux de pleine juridiction. Enfreignant la défense que l'article 11 fait aux juges d'interpréter un acte administratif ou d'en arrêter l'exécution, il s'oppose formellement à l'accomplissement, *même par la voie administrative*, de la mesure déclarée illégale et, s'ingérant dans les attributions

habituelles de l'autorité administrative, il adresse des ordres et des directions, en vue de l'exercice de leurs fonctions, à des magistrats de l'ordre financier, les commissaires de la Caisse de la Dette, qui, tant par la nature de leur mission que par l'origine khédiviale de leur investiture, se présentent juridiquement, soit comme des agents, soit comme des organes du pouvoir exécutif égyptien.

SECTION IV

L'Arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie

258. On s'explique aisément le sentiment d'irritation qui se dessina brusquement dans les sphères dirigeantes anglaises — et se manifesta sous des formes passionnées et brutales dans les organes anglophiles de la presse égyptienne — à la nouvelle de cette décision du tribunal mixte du Caire qui ne tendait à rien moins qu'à contrecarrer les plans essentiels de la politique Nord-Africaine de l'Angleterre, en soustrayant à la disposition de cette puissance les ressources financières sur lesquelles elle avait compté pour la réalisation de ses visées soudanaises. Le Gouvernement égyptien, avant même d'avoir reçu la signification de ce jugement, s'empressa, dans un premier exploit du 11 juin, de frapper d'appel la décision rendue sur la question de compétence en laissant momentanément de côté la sentence rendue par défaut sur le fond, afin de se réserver la faculté de revenir devant le tribunal par la voie de l'opposition. Puis, se rendant compte que le siège de la juridiction de première instance était définitivement fait et l'opinion de la majorité de ses membres inébranlablement fixée, le Gouvernement, abandonnant cette première tactique, saisit dans un second acte d'appel, du 11 juillet 1896, la Cour d'Appel d'Alexandrie de la question de fond en même temps que de la

question d'incompétence. Dans ces deux documents (1) le Gouvernement reprenait en les développant et en les précisant les arguments qu'il avait tantôt fait valoir, tantôt laissé pressentir en première instance : appartenance de la mesure attaquée à la catégorie des actes de Gouvernement qui échappent par leur nature, et à tous points de vue, à la connaissance de l'autorité judiciaire — opposition entre les droits individuels des porteurs de titres (paiement des coupons, remboursement des titres amortis), qui seuls sont susceptibles d'être exercés isolément par chacun d'eux au moyen d'actions en justice, et les droits collectifs conférés à ces mêmes porteurs par des stipulations de traités internationaux (droits de gage et de préférence sur certains revenus budgétaires) qui, en vertu même des textes leur ayant donné naissance, ne peuvent être défendus judiciairement que par les commissaires de la Dette; — subordination de la recevabilité de l'action individuelle de chacun des dits commissaires, dans les cas prévus par l'article 38 de la loi de liquidation, à la condition qu'elle soit intentée avec l'autorisation et en vertu d'une sorte de mandat de la majorité de leurs collègues; — caractère discrétionnaire des pouvoirs conférés par l'article 3, alinéa 3, du décret de 1888 à la commission de la Caisse de la Dette en ce qui concerne l'imputation des dépenses budgétaires extraordinaires sur le fonds de réserve général, etc. Les commissaires attaqués en responsabilité, dont les exceptions dilatoires et les fins de non-recevoir avaient été repoussées et que le tribunal avait, dans les considérants de son jugement sur le fond, reconnu coupables d'une

(1) Les actes d'appel du Gouvernement sont reproduits en annexes à la fin du livre de M. LAMBA, *Evolution de la condition juridique des Européens en Egypte*, p. 372 et s.

faute de nature à engager à leur encontre une obligation à réparation, suivirent à leur tour l'exemple donné par le Gouvernement. Et, sur ces divers appels, la Cour d'Alexandrie fut amenée à rendre, à la date du 2 décembre 1896, l'arrêt suivant :

259. « Sur la compétence : — Attendu que les appelants, sans contester le principe de la compétence des tribunaux mixtes, soutiennent que les décisions prises par le Gouvernement, d'accord avec la commission de la Dette, de prélever pour un usage déterminé une partie du fonds de réserve, constituent un acte de gouvernement, ou, en d'autres termes, un acte de souveraineté échappant, par sa nature même et en vertu des principes généraux du droit public, à l'examen et à l'appréciation de l'autorité judiciaire; — qu'ils reconnaissent cependant, qu'en publiant, avec l'assentiment des puissances et d'accord avec elles, la loi de liquidation du 17 juillet 1880, destinée à régler le passé et à fixer pour l'avenir la situation financière du pays, le Gouvernement égyptien a imprimé aux divers décrets qui ont établi et organisé la Caisse de la Dette un véritable caractère contractuel; — Attendu, dès lors, que lorsque les commissaires de la Dette sont sortis des limites du mandat que leur ont confié les puissances et qu'ils ont agi en dehors des cas prévus par le contrat, le consentement qu'ils ont pu donner est entaché d'excès de pouvoirs et radicalement nul; de telle sorte que, même en admettant la théorie des appelants, il n'y aurait plus un acte de souveraineté, mais un acte illégal, tombant par cela même sous la juridiction des tribunaux mixtes.

« Sur la recevabilité des demandes dirigées contre les appelants et des interventions : — Attendu qu'aux

termes de l'article 4 du décret du 2 mai 1876, dont les articles 38 de la loi de liquidation, 6 du décret du 27 juillet 1885 et 2 du décret du 6 juillet 1890 n'ont modifié ni le sens ni la portée, « les actions qu'au nom et dans l'intérêt des créanciers, en grande partie étrangers, la Caisse et pour elle ses directeurs croiront avoir à exercer contre l'administration financière, représentée par le Ministre des finances, pour ce qui concerne la tutelle des garanties de la Dette confiée à sa direction, seront portées, dans les termes de leur juridiction, devant les nouveaux tribunaux qui, suivant l'accord établi avec les puissances, ont été institués en Egypte » ; — Attendu qu'il suit de cette disposition que la représentation légale des droits collectifs des créanciers a été exclusivement confiée aux commissaires de la Dette et que les simples porteurs de titres ne peuvent agir que pour la défense de leurs droits individuels, tels que le paiement des coupons, ou le remboursement de la valeur de leurs titres en cas d'amortissement, ou de toute autre cause analogue ; — Attendu que les actions des deux groupes de créanciers, Herbault et consorts d'un côté, Zervudachi et consorts de l'autre, également sans qualité pour défendre les droits collectifs de la masse, sont donc irrecevables ;

« Attendu qu'il en est de même et pour les mêmes motifs des actions de M. Bouteron ès-qualités et des deux autres administrateurs des domaines ;

« Attendu, en ce qui concerne MM. Louis et Yonine, commissaires de la Dette, que leur situation n'est pas la même ; qu'il convient de remarquer tout d'abord que l'article 38 de la loi de liquidation a modifié les termes de l'article 4 du décret du 2 mai 1876, en accordant aux

commissaires de la Dette le droit d'action que ce décret n'avait semblé accorder qu'à la Caisse et pour elle à ses directeurs; que les appelants soutiennent que cette modification est sans portée et n'a pas eu pour objet de changer la nature des droits des commissaires; que le Gouvernement reconnaît toutefois « que l'article 38 de la loi de liquidation en reproduisant, sous une forme plus juridique, les dispositions de l'article 4 du décret du 2 mai 1876, a voulu enlever tout doute sur l'interprétation de ce décret »; qu'on ne saurait comprendre, d'ailleurs, dans quel but les auteurs de la loi de 1880 auraient modifié les termes de l'article 4 du décret de 1876, s'ils n'avaient entendu expliquer par cette modification que chaque commissaire pris individuellement avait la faculté d'agir pour la défense des intérêts qui lui étaient confiés; — Attendu que les commissaires, en effet, ont été investis du mandat de défendre les droits de l'ensemble collectif et international des créanciers; que, soit dans l'intérêt de ceux-ci en cas d'erreur ou de négligence de ses collègues, soit pour mettre sa responsabilité à couvert de tout recours éventuel, chacun d'eux, investi d'un pouvoir personnel, a donc le droit d'agir individuellement; — Attendu qu'il y a lieu de constater qu'en 1884, dans le procès de la Caisse de la Dette contre le Gouvernement égyptien, MM. Baravelli et Vetsera, alors commissaires de la Dette, auxquels on opposait, comme dans le procès actuel, leur défaut de qualité, soutenaient dans leurs conclusions que, lorsque plusieurs personnes avaient reçu un même mandat légal, chacune avait, même isolément, le devoir, et, par conséquent, le droit d'agir pour la défense des intérêts dont la garde leur avait été solidairement confiée (*V. Compte rendu de la Caisse*, 9^e année, p. 111); — Attendu qu'en refu-

sant à la minorité des commissaires le droit d'agir, en cas d'erreur ou d'excès de pouvoirs, contre le Gouvernement ou la majorité de leurs collègues, on mettrait les décisions et les actes de cette majorité en dehors de tout contrôle et à l'abri de toute critique, ce qui n'a certainement jamais été dans la pensée des puissances; qu'on objecte vainement, qu'en ce cas, ce serait aux puissances elles-mêmes à statuer, ce qui serait manifestement contraire à la délégation qu'elles ont donnée aux tribunaux mixtes et rendre toute solution parfois impossible; — Attendu que l'action de MM. Louis et Yonine est donc recevable;

260. « Au fond : Attendu que MM. Louis et Yonine soutiennent que le Gouvernement ne pouvait pas demander et les commissaires accorder, sur le fonds de réserve, les sommes nécessaires pour l'expédition du Soudan, ces sortes de dépenses n'étant pas comprises parmi les dépenses extraordinaires prévues par le paragraphe 3 de l'article 3 du décret du 12 juillet 1888; — Attendu que cet article porte que le fonds de réserve est destiné :

« 1° En cas d'insuffisance des revenus affectés, à parfaire les sommes nécessaires au service des dettes dont la Caisse est chargée;

« 2° A combler l'insuffisance des revenus non affectés pour pourvoir aux dépenses prévues par l'article 18 du décret du 27 juillet 1885 et autres consenties ou à consentir par les puissances;

« 3° A des dépenses extraordinaires engagées conformément à l'avis préalable de la commission de la Dette; — Attendu que les appelants prétendent que les termes généraux du paragraphe 3 démontrent que les fonds de

réserve peuvent servir à payer toute dépense imprévue ne figurant pas au budget ordinaire, les dépenses de guerre comme toute autre dépense ; — Attendu qu'on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes ; que toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres ; qu'enfin, quelques généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comporte que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter ; — Attendu que ces règles sont applicables à l'interprétation du décret du 12 juillet 1888 qui constitue entre le Gouvernement égyptien et les puissances un véritable contrat ; — Attendu que, si l'on consulte les correspondances échangées entre le Gouvernement égyptien et les puissances au moment de la publication de ce décret, on peut se convaincre qu'il n'y est fait aucune allusion à une expédition militaire, et spécialement à la réoccupation du Soudan ; qu'il importe peu que le Gouvernement prétende que, dans sa pensée intime, c'était surtout dans ce but qu'il avait consenti à créer un fonds de réserve, si rien dans ses actes ou dans ses communications n'a été de nature à faire connaître aux autres parties contractantes le but qu'il poursuivait ; qu'il était d'autant plus difficile aux puissances de prévoir les intentions du Gouvernement sur ce point que, peu de temps auparavant, M. Gladstone autorisait M. Waddington à faire savoir à M. de Freycinet que son Gouvernement avait renoncé définitivement à toute tentative de reprendre Dongola (V. n° 24 des *Documents diplomatiques sur les affaires d'Egypte*, 1884 à 1893) et qu'on ne pouvait pas supposer que le Gouvernement égyptien pût avoir des

projets contraires ; — Attendu que, si l'on rapproche les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 3, on est amené à se demander comment les puissances qui s'étaient réservé, dans le paragraphe 2, le droit de statuer elles-mêmes sur toutes les dépenses nouvelles quelque minimes qu'elles soient, pouvant surcharger le budget ordinaire, auraient pu, dans le paragraphe 3, donner à la commission de la Dette le droit exorbitant de consentir seule des dépenses de guerre pouvant absorber d'un seul coup le fonds de réserve, au grand détriment du bon fonctionnement de la Caisse ; — Attendu que la disposition du paragraphe 3, portant que la dépense extraordinaire ne pourra être engagée qu'après avis préalable de la commission de la Dette, suppose nécessairement que cet avis ne peut porter que sur des matières purement administratives ; qu'il est, en effet, certain que le mandat de la commission de la Dette n'est qu'administratif et financier, et n'a aucun caractère politique, d'où la conséquence que les puissances n'ont pu autoriser le Gouvernement égyptien à engager avec le fonds de réserve des dépenses de guerre, c'est-à-dire des dépenses essentiellement politiques, sur le simple préavis de cette commission ; — Attendu qu'il faut en conclure que, malgré les termes généraux du paragraphe 3, les puissances n'ont voulu entendre par dépenses extraordinaires que les dépenses administratives non prévues au budget ordinaire et nécessitées, soit par un événement de force majeure, tel que la rupture des digues du Nil, l'incendie ou la destruction d'un édifice public, ou tout autre cas de ce genre, soit par des travaux nécessaires destinés à augmenter le bien-être du pays dans un intérêt général, tels que l'ouverture de voies nouvelles, la création d'un musée, le dessèchement d'un marais malsain ou tous autres

besoins analogues; — Attendu qu'en accordant au Gouvernement une somme de 500.000 L. E. à prendre sur le fonds de réserve pour l'expédition du Dongola, la majorité de la commission de la Caisse de la Dette est donc sortie de la limite de ses attributions, d'où la conséquence forcée que le Gouvernement doit restituer à ce fonds les sommes qu'il en a retirées avec les intérêts de droit à partir du jour du retrait.

« Attendu que MM. Louis et Yonine n'ayant pas relevé appel incident du jugement attaqué, il n'y a pas lieu d'examiner si MM. Money, Morana, baron de Richthofen et comte Zaluski auraient dû être condamnés conjointement avec le Gouvernement à la restitution de ces sommes;

« Attendu que la disposition du jugement attaqué, confiant à MM. Louis et Yonine l'exécution de la sentence, à l'exclusion de MM. Herbault et consorts et de M. Bouteron, est désormais sans objet; qu'il n'appartenait pas d'ailleurs au tribunal, pas plus qu'il n'appartient à la Cour, de régler le mode d'exécution à suivre, les intimés demeurant investis par la loi du droit d'exécuter le jugement, par toutes voies de droit ainsi qu'ils l'entendront;

« Attendu que, le Gouvernement et MM. Money, Morana, baron de Richthofen et comte Zaluski ès-qualités, succombant dans leurs appels, doivent être condamnés aux dépens envers MM. Louis et Yonine;

« Par ces motifs : Confirme le jugement attaqué dans celles de ses dispositions par lesquelles le tribunal a retenu sa compétence et déclaré l'action de MM. Louis et Yonine recevable, tant à l'égard du Gouvernement qu'à l'égard de MM. Money, Morana, baron de Richthofen et comte Zaluski, commissaires de la Dette; — Disant droit,

au contraire, aux appels du Gouvernement et de MM. Money et consorts, commissaires de la Dette, et réformant quant à ce le jugement attaqué; — Déclare les demandes et interventions de MM. Herbault et consorts, Zervudachi et consorts; Bouteron, Gibson et Chekib-Pacha irrecevables et les rejette; — Dit qu'il n'y a pas lieu, dès lors, de charger MM. Louis et Yonine de l'exécution de la sentence qui leur appartient de droit, pas plus que d'ordonner le mode suivant lequel elle serait exécutée; — Emendant pour le surplus; — Dit que MM. Money, Morana, baron de Richthofen et comte Zaluski, commissaires de la Dette, n'avaient ni pouvoir ni qualité pour autoriser le Gouvernement à prélever sur le fonds de réserve une somme de 500.000 L. E. pour pourvoir aux dépenses de l'expédition du Dongola; — Condamne, en conséquence, le Gouvernement égyptien à restituer au fonds de réserve de la Caisse de la Dette la dite somme de 500.000 L. E. avec les intérêts de droit depuis le jour des retraits; — Condamne le Gouvernement envers MM. Louis et Yonine aux dépens de première instance, et conjointement avec MM. Money, Morana, baron de Richthofen et comte Zaluski, ès-qualités, aux dépens d'appel; laisse à la charge des autres parties tous les frais par elles exposés en première instance et en appel » (1).

261. Sur la question de délimitation de la compétence des juridictions de la Réforme en matière administrative, qui avait tenu le premier plan de la scène judiciaire, pendant les débats de première instance, la Cour d'Appel ne s'écarte guère, on le voit, du sillon où s'était déjà engagé

(1) Cf. le texte intégral de l'arrêt dans *Revue générale du droit international public*, IV, 1897, p. 124-127 et B. L. J., IX, p. 21 et s.

le tribunal. Comme lui, elle évite de se prononcer sur l'existence ou la non-existence d'une catégorie spéciale d'actes des administrations publiques qui, à raison de leur nature gouvernementale, échapperaient au droit commun de la responsabilité et de la compétence indemnitaire, en constatant que, même si l'on admet que l'opération financière arrêtée par le commun accord du Gouvernement et de la Caisse de la Dette devrait normalement rentrer dans la classe des actes de gouvernement, entièrement soustraits au contrôle judiciaire, en vertu des règles du droit public interne telles qu'elles fonctionnent dans les pays ayant conservé la plénitude de leur souveraineté, force est bien de reconnaître qu'elle perd exceptionnellement ce caractère dans un pays comme l'Égypte qui, en 1880, a consenti, pour assurer la liquidation de sa Dette publique et la reconstitution de son crédit, à renoncer momentanément à son indépendance d'action et à sa liberté de mouvements en matière financière. Dans cette partie de ses considérants, elle n'écrit pas une ligne d'où l'on puisse déduire l'intention soit d'abandonner, soit de confirmer la distinction établie dans quelques-uns de ses arrêts antérieurs entre l'acte administratif ordinaire et l'acte de gouvernement. Elle reste strictement neutre et ne rend même pas à la notion de l'acte de gouvernement l'hommage détourné et platonique que nous avons relevé dans la sentence du tribunal de première instance.

262. Mais, à tous autres égards, la sentence du 2 décembre 1896 est d'un ton plus modéré et prend, dans son ensemble, une allure moins combative que la sentence du 8 juin. La Cour se débarrasse de quelques-unes des théories

les plus aventureuses et les plus aisément critiquables qui avaient trouvé place dans l'exposé des motifs du tribunal :

1° En rejetant les actions individuelles des divers syndicats de porteurs de titres pour n'admettre que l'action exercée dans leur intérêt collectif par les deux commissaires de la Dette dissidents en vertu de l'article 38 de la loi de liquidation;

2° En abandonnant la thèse — manifestement inconciliable, tant avec l'organisation pratique qu'avec les origines de l'institution de la Caisse de la Dette — qui voulait que les commissaires ne fussent investis que d'un mandat purement civil régi par les règles ordinaires des contrats de droit privé, pour lui substituer une doctrine d'apparence beaucoup plus plausible, quoique difficile à ramener à des données pratiques, qui attribue aux membres de la commission de la Dette un mandat d'ordre administratif et financier, mais non politique;

3° En s'abstenant de reproduire l'assimilation hasardeuse entre le gage et l'hypothèque, d'une part, et, de l'autre, les garanties résultant pour les porteurs de titres de la Dette égyptienne des stipulations des traités internationaux, ainsi que les arguments, plus que fragiles, tirés soit de l'article 4 du décret du 12 juillet 1888 et d'autres textes relatifs à l'amortissement de la Dette égyptienne, soit du prétendu précédent créé par les négociations poursuivies entre l'Angleterre et la France en 1890. Et surtout l'arrêt de la Cour répare quelques-unes des entorses les plus apparentes que le jugement frappé d'appel avait subi à la méthode de conciliation entre les droits subjectifs des particuliers et les intérêts collectifs gérés par les administrations que l'article 11 du *R. O. J.* a pour but de

consacrer. En décidant qu'il n'appartenait pas au tribunal de régler les modes à suivre pour l'exécution de son jugement et en se refusant, pour cette raison, à toute incursion sur le terrain des voies d'exécution, la Cour évite d'être amenée, à son tour, à s'ingérer dans la direction des rapports de service entre organes de l'administration active et à adresser, relativement à l'exercice de leurs fonctions, des injonctions à des autorités de l'ordre administratif.

263. Mais la décision de la Cour n'échappait pas, pour cela, à toute critique du chef de l'article 11. On pouvait lui reprocher d'empiéter sur le terrain de l'appréciation de l'opportunité des actes administratifs dans les pages, où, cherchant à établir l'absence d'aptitude des commissaires de la Dette à autoriser le prélèvement sur le fonds de réserve des frais de l'expédition du Dongola et à démontrer qu'il s'agissait là de dépenses dépassant par leur nature et leur importance les prévisions des cocontractants à l'accord de 1888, elle faisait porter le poids principal de son argumentation sur des considérations tirées, d'une part, de la contradiction de l'attitude nouvelle de la politique soudanienne de l'Angleterre avec les engagements pris antérieurement par M. Gladstone, d'autre part, des conséquences financières probables d'un prélèvement de ce genre. Elle ne cherchait même pas à dissimuler que, dans l'espèce, les deux dispositions concurrentes de l'article 11, celle qui défend à l'autorité judiciaire d'arrêter l'exécution d'une mesure administrative et celle qui lui ordonne de protéger les droits individuels contre les lésions administratives, paraissaient insusceptibles d'application simultanée et que la première était résolument sacrifiée à la

seconde. Les conditions mêmes dans lesquelles l'arrêt intervenait et la nature des questions soumises à la Cour ne permettaient pas, d'ailleurs, de maintenir le jeu régulier du mécanisme italo-belge de défense judiciaire des droits. La distinction entre l'opposition directe à l'accomplissement par les voies administratives et l'intervention simplement réparatrice des dommages causés par cet accomplissement ne pouvait évidemment pas fonctionner ici, les atteintes infligées aux droits individuels par des opérations d'ordre budgétaire étant de celles pour lesquelles la réparation par voie de dommages-intérêts se confond nécessairement avec la réparation en nature. Ce qui explique les exceptions apportées en matière financière à la compétence indemnitaire des tribunaux judiciaires par certaines des législations qui se rallient en règle générale au système de la Constitution belge, notamment les dispositions rencontrées à ce sujet dans la loi italienne du 20 mars 1865 et la précaution prise dans le décret khédivial de réorganisation des tribunaux indigènes du 14 juin 1883 qui, après avoir accordé, dans son article 15, alinéa 2, aux tribunaux indigènes le droit de connaître des actions en responsabilité dirigées contre l'Etat à raison de mesures administratives prises en violation des lois et décrets, s'empresse d'ajouter, dans son article 16 § 1, « que les contestations relatives à la dette publique ou à l'assiette de l'impôt sont en dehors de la compétence de ces tribunaux ». Enfin, les conséquences de cette confusion, inévitable en matière de contentieux financier, entre la réparation indemnitaire et la réparation par voie de suppression de la mesure administrative génératrice de lésion se trouvaient encore singulièrement aggravées, en l'espèce, par la nature collective d'une

réclamation judiciaire, exercée par les membres de la commission de la Caisse de la Dette dans l'intérêt de tous les porteurs de titres, et dont l'admission, étant destinée à profiter, en fait, à tous ceux des créanciers de l'Etat égyptien qui avaient intérêt à s'opposer au prélèvement voté par la délibération du 26 mars, aboutissait, au point de vue pratique, à des résultats aussi absolus et aussi radicaux que ceux qu'aurait pu entraîner l'annulation de cette délibération prononcée par une autorité investie des pouvoirs que comporte en Italie la compétence de mérite, ou, en France, le contentieux administratif de pleine juridiction. Et surtout les quelques améliorations de forme apportées par la Cour au dispositif de la sentence des juges du Caire ne changeaient absolument rien au fond des choses. Il n'en demeurerait pas moins vrai que, pendant toute la durée des débats, en seconde instance aussi bien qu'en première, les tribunaux de la Réforme s'étaient comportés comme une sorte d'autorité internationale supérieure, intervenant à l'une des heures les plus décisives de l'histoire des rapports entre l'Angleterre et l'Egypte, au moment où le Gouvernement britannique laissait pour la première fois percer ouvertement son désir de transformer une occupation passagère en état de choses permanent, pour connaître d'un différend plus politique encore que financier, qui venait de s'élever sur le terrain des affaires égyptiennes entre la diplomatie française et la diplomatie anglaise et trancher ce différend conformément aux visées de la politique de la France.

264. Le Gouvernement anglais ne se laissa pas d'ailleurs arrêter, dans la poursuite de son programme d'action soudanienne par les résistances judiciaires ainsi suscitées

le long de sa route. En présence de la décision de la Cour d'Appel mixte qui l'empêchait de faire face aux dépenses de l'expédition du Dongola à l'aide des réserves financières de l'Egypte, il n'hésita pas à assumer lui-même les frais d'une campagne jugée indispensable à la défense et à la consolidation de son influence dans la vallée du Nil. Le 1^{er} février 1897, il offrait au Khédive de lui avancer à 2 1/2 % une somme pouvant s'élever jusqu'à 25 millions de francs et quelques jours plus tard se faisait ouvrir, à cette fin, par le Parlement, un crédit de 798.000 livres sterling. Enfin, en juin 1898, il obtenait du Parlement un vote décidant que les sommes ainsi avancées ne seraient pas réclamées à l'Egypte et, par cette coopération financière à l'œuvre militaire de réoccupation des provinces soudaniennes de l'Egypte, préparait les voies à la Convention du 19 janvier 1899 et au régime de condominium anglo-égyptien que cet acte était destiné à établir au Soudan (1).

Mais, quoique des circonstances internationales favorables, et surtout la présence entre ses mains d'atouts militaires vraiment décisifs, lui eussent permis en 1896 de triompher des obstacles apportés au développement de sa politique égyptienne par l'intervention des tribunaux mixtes et même de les faire tourner finalement au plus grand profit de ses intérêts, le Gouvernement britannique, un instant embarrassé par cette intervention, forcé par elle à déplacer ses batteries et à dévoiler plus tôt qu'il ne l'aurait voulu les véritables visées de sa marche de péné-

(1) Cf. BLANCHARD, *L'affaire de Fachoda et le droit international*, dans *Revue générale du droit international public*, VI, 1899, p. 385.

tration Nord-Africaine, avait vivement senti les dangers que risquait de présenter dans l'avenir, pour le libre développement du régime de l'occupation, la répétition possible de pareilles interventions judiciaires dans un domaine financier étroitement lié au domaine de la politique générale. Sans doute, si, dans l'affaire de la Caisse de la Dette, la juridiction mixte, justifiant après coup le mot de lord Milner, avait pu réellement jouer le rôle d'un Etat dans l'Etat, elle l'avait dû, non pas tant à la disposition de l'article 11 du *R. O. J.* qui, par elle-même, nous l'avons suffisamment constaté, ne saurait lui permettre aucune ingérence directe dans les affaires administratives et, à plus forte raison, dans les affaires politiques, qu'à la combinaison de cet article avec une série de stipulations internationales qui, comme condition des divers emprunts contractés par l'Egypte depuis 1876, avaient placé notre pays dans une sorte de tutelle financière par rapport aux principales puissances occidentales. Mais les stipulations des conventions financières qui avaient contribué à motiver les décisions successives du tribunal et de la Cour étaient trop nombreuses et trop variées pour retenir aussi vivement l'attention que le texte fondamental du *R. O. J.* autour duquel s'était déroulée la question de compétence qui était constamment restée au premier plan pendant la durée des débats. C'est en invoquant en première ligne l'article 11 que le syndicat Herbault et les commissaires protestataires avaient introduit leurs actions et c'est aussi derrière l'un des membres de phrase de ce texte que les porte-parole de la politique anglaise et la majorité des membres de la commission s'étaient retranchés pour essayer de se soustraire à la nécessité de répondre à ces réclamations. Aussi, ne faut-il pas s'étonner que les ran-

cunes contre le personnel des tribunaux mixtes, que le souvenir de l'affaire de la Caisse de la Dette avait laissées au lendemain de l'année 1896, dans les cercles anglophiles d'Egypte (1), aient surtout trouvé leur expression dans un mouvement de réaction contre la disposition de l'article 11 et les pouvoirs qu'elle confère aux juges en matière de contentieux administratif.

(1) Cf. pour l'analyse des manifestations auxquelles donna lieu dans la presse anglaise du temps la décision de la Cour d'Appel d'Alexandrie : BONNEVAY, *Organisation judiciaire de l'Egypte*, p. 106 et suiv.

CHAPITRE II

Les Travaux préparatoires du Décret du 26 mars 1900

265. L'arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie que nous venons de reproduire et de commenter n'a pas marqué la clôture définitive de l'affaire de la Caisse de la Dette, mais seulement le passage de la phase judiciaire à la phase diplomatique. Battus définitivement sur le terrain de la procédure et de l'interprétation des textes en vigueur, les représentants officiels des intérêts de la politique anglaise en Egypte ont cherché à prendre leur revanche sur le terrain de la *lex ferenda* et, pendant les années 1897 à 1900, ils ont poursuivi avec les puissances signataires de la Réforme judiciaire des négociations fort mouvementées en vue d'une réfection de l'article 11 du *R. O. J.*

SECTION I

La Circulaire de Boutros Pacha

266. Le 15 novembre 1897, le Ministre des affaires étrangères d'Egypte, Boutros Pacha, adressait aux puissances ayant adhéré à la Réforme une circulaire ainsi conçue :

« La dernière prorogation des pouvoirs des tribunaux mixtes prendra fin le 1^{er} février 1899. L'expérience ayant démontré que des améliorations devaient être apportées à leur fonctionnement pour le rendre plus conforme au texte et à l'esprit, tant du règlement d'organisation judiciaire que des conventions qui les ont établis, le Gouvernement de Son Altesse serait disposé, si ses propositions étaient acceptées, avant la fin de la période en cours, à maintenir l'institution de ces tribunaux pour une nouvelle période de cinq ans.

Ces améliorations devraient viser les points suivants :

1^o Interprétation de l'article 11, titre I, du règlement d'organisation judiciaire;

2^o Interprétation de l'article 9, même titre, du même règlement.

Interprétation de l'article 11

Cet article a été très discuté par la Commission de 1869. Les diverses Commissions qui l'ont suivie s'en sont

occupées aussi, sur la demande du Gouvernement égyptien, et la Commission de 1884 avait approuvé une nouvelle rédaction ; mais sa proposition n'a pas eu de suite (1).

Néanmoins il est certain que les membres de la Commission de 1869 ont voulu uniquement par cet article donner aux tribunaux mixtes le même droit qui est accordé aux tribunaux ordinaires dans les pays d'Europe où il n'existe pas de tribunaux administratifs. C'est ainsi que M. Mancini, dans son rapport présenté à la Chambre italienne en 1874, compare le dit article 11 à la loi italienne du 20 mars 1865, articles 2, 4 et 5.

Contrairement à l'esprit qui a dicté cet article et au principe de la séparation des pouvoirs, les tribunaux mixtes se sont crus en droit de statuer sur tous les actes du Gouvernement égyptien, sans distinguer entre les actes de souveraineté destinés à assurer le fonctionnement régulier de l'Etat et l'accomplissement de ses fins naturelles — actes qui par cela même doivent échapper à leur compétence — et les mesures qui ne sont que des actes individuels pouvant léser les droits acquis en vertu du Code civil.

Déjà en 1880, le baron de Ring, tout en faisant l'éloge des tribunaux mixtes, signalait à la Commission internationale l'esprit trop envahissant de la Cour et déclarait qu'elle n'avait pas toujours su échapper au soupçon d'avoir donné place à la politique dans ses préoccupations.

(1) Sur ces travaux de la Commission internationale de 1884, que l'état de choses créé en Egypte par les premiers tâtonnements de l'occupation anglaise empêcha d'être suivis de discussion internationale, Cf. MARTIN-SARZEAUD, *La Réforme judiciaire en Egypte et la Commission internationale de 1884*, dans *Journal du droit international privé*, XI, 1884, p. 590 et s. — BENOIT, *Etude sur les Capitulations dans l'Empire ottoman*, Paris, 1890, p. 136 et s.

Malgré les services éminents rendus par lesdits tribunaux, ce même reproche a pu malheureusement dans la suite être formulé, de nouveau, non sans quelque apparence de raison.

Les intérêts des créanciers de l'Egypte ayant été mis, d'après les arrangements internationaux, sous la sauvegarde de la Caisse de la Dette, il devrait être expliqué clairement que c'est seulement dans le cas où la Caisse de la Dette intenterait une action contre le Gouvernement pour prétendue violation desdits arrangements que les tribunaux seraient compétents. Quant aux mesures que le Gouvernement khédivial aurait prises, sur l'avis conforme de la Caisse, elles ne peuvent, en aucun cas, être appréciées par lesdits tribunaux, ni faire l'objet d'une discussion quelconque de leur part.

Il serait donc utile, à tous égards, afin d'arrêter cette tendance des tribunaux, de donner à cet article une rédaction aussi claire et aussi nette que possible.

Aussi s'inspirant du principe même de la séparation des pouvoirs ainsi que d'un jugement du tribunal d'Alexandrie, confirmé par la Cour (arrêt Sursock, 22 avril 1880), le Gouvernement de Son Altesse propose-t-il la rédaction suivante comme respectant davantage ce principe fondamental :

« Article 11. — Ces tribunaux ne pourront pas statuer sur la propriété du domaine public.

« Le Gouvernement n'est pas justiciable de ces tribunaux pour les mesures prises par lui dans les intérêts généraux de l'Egypte, ni pour les actes qu'il pose en vue de l'exécution ou de l'application des lois et règlements d'administration publique.

« Mais, sans pouvoir interpréter ou arrêter l'exécution d'une mesure administrative, ils sont compétents pour juger des atteintes qu'un acte d'administration peut porter à un droit individuel acquis, reconnu aux étrangers, soit par des traités, soit par des lois, soit par des conventions.

« Ces tribunaux ne connaîtront ni directement ni indirectement, sous quelque forme que ce soit, des mesures prises par le Gouvernement pour l'organisation ou la disposition des finances publiques, sauf dans le cas où une action serait instituée et portée devant eux par la Caisse de la Dette. Ils ne peuvent, dans aucun cas et sous quelque forme que ce soit, connaître d'une mesure prise sur l'avis conforme de la Caisse de la Dette, lorsque cet avis est exigé par les arrangements internationaux.

« Ils ne pourront non plus rechercher ou apprécier la valeur de cet avis ».

267. Après avoir dénoncé la tendance des tribunaux mixtes à outrepasser les limites apportées à leurs investigations en matière administrative par l'article 11 et demandé l'introduction dans ledit article de dispositions nouvelles destinées à refréner cette humeur envahissante des juridictions de la Réforme, Boutros Pacha passait, dans la seconde partie de la circulaire du 15 novembre 1897, à un nouvel ordre d'idées et, s'attaquant à l'article 9 du R. O. J., réclamait, en même temps que l'intercalation dans ce texte d'un paragraphe complémentaire condamnant la théorie de l'intérêt mixte, une correction de l'alinéa final qui fût de nature à écarter clairement et définitivement la compétence des tribunaux mixtes dans

les rapports entre indigènes, même en ce qui concerne les actions réelles immobilières. Puis, il terminait ses développements, en déclarant que le Gouvernement ne poursuivait, en formulant les propositions actuelles, d'autres préoccupations que d'améliorer le fonctionnement des tribunaux mixtes (1). Mais l'allure modeste et conciliante de cette conclusion ne suffisait point à démentir le ton, nettement impératif, d'un document diplomatique où, dès les premières lignes, le Gouvernement égyptien faisait allusion à l'expiration relativement prochaine — 1^{er} février 1899 — de la période de renouvellement quinquennale de la Réforme alors en cours et laissait entrevoir son intention de ne consentir à une nouvelle prolongation des pouvoirs des tribunaux mixtes qu'autant que les puissances donneraient leur adhésion aux corrections qu'il proposait d'apporter à quelques-uns des textes du R. O. J. La portée de cette manifestation était, d'ailleurs, fort nettement affirmée dans les lignes que consacrait l'année suivante à son analyse le conseiller judiciaire anglais, qui écrivait : « En ce qui concerne les tribunaux mixtes, on rappellera que le Gouvernement égyptien a adressé une circulaire aux puissances, le 15 novembre 1897, proposant certaines modifications essentielles dans le règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes en Egypte, *comme condition préalable d'une prorogation postérieure quinquennale des pouvoirs de ces tribunaux* » (2).

(1) On trouvera le texte intégral de la circulaire de Boutros Pacha dans *Archives diplomatiques*, 1898, I, LXV (2^e série), p. 375 et suiv.

(2) *Rapport du conseiller judiciaire pour l'année 1898*, p. 17.

Conformément à la procédure suivie le plus généralement lors des renouvellements antérieurs, notamment en 1880, en 1884, en 1890, le Gouvernement égyptien demanda que les propositions formulées dans sa circulaire du 15 novembre 1897 fussent soumises à l'examen d'une Commission internationale. Cette conférence, comprenant des délégués des quatorze puissances intéressées, se réunit au Caire, au Ministère des affaires étrangères, le 23 avril 1898 et, suivant sur ce point les traditions établies dans les conférences antérieures, confia le soin de préparer sa tâche à une sous-commission technique composée exclusivement à l'exception des représentants de la Grande-Bretagne et de l'Égypte de magistrats des tribunaux mixtes (1). En ce qui concerne l'examen du projet de réfection de l'article 11 du R. O. J., cette sous-commission ne recut toutefois qu'un mandat formellement limité à la discussion des trois premiers paragraphes de la nouvelle rédaction que les directeurs anglais de la politique égyptienne proposaient, par l'organe de Boutros Pacha, de substituer au texte primitif; la France et la Russie n'ayant consenti à prendre part aux travaux de la Commission qu'autant qu'on écarterait immédiatement les quatrième et cinquième paragraphes, ceux qui tendaient à assurer la revanche finale des défenseurs de la thèse britannique dans l'affaire de la Caisse de la Dette et à faire condamner par le législateur international les conceptions juridiques que le tribunal mixte du Caire et la Cour d'Appel d'Alexandrie avaient mises en œuvre dans leurs sentences retentissantes de 1896.

(1) Cf. *Rapport du conseiller judiciaire pour l'année 1898*, p. 481

SECTION II

La Note explicative de 1898

268. Le Ministère des affaires étrangères égyptien ne s'attendait pas à une aussi rapide parade. Sans doute, il ne lui avait pas été possible de se dissimuler que la France et la Russie éprouveraient quelque répugnance à reconnaître le service que venait de rendre à leur politique la juridiction mixte, en contresignant le blâme infligé à celle-ci par les derniers paragraphes de la formule arrêtée par Boutros Pacha; mais il avait compté — quoique à tort — pour vaincre ces résistances, sur l'effet d'intimidation produit par la menace de suppression des tribunaux mixtes esquissée dans la circulaire du 15 novembre. Aussi avait-il préparé, à l'avance, le terrain pour les délibérations de la sous-commission, en développant, dans une note explicative, les considérations juridiques et les arguments d'ordre législatif qui lui paraissaient militer en faveur d'une nouvelle rédaction de l'article 11 et avait-il, dans cette note, fait porter le poids principal de son argumentation sur la partie de son projet qui, à la dernière heure, fut précisément soustraite à la discussion des délégués techniques des puissances. Ce document constitue l'une des clefs nécessaires à la compréhension de la rédaction actuelle de l'article 11. Il nous fait toucher du doigt la raison d'être des étrangetés et des gaucheries qu'on relève,

à juste titre, dans le nouveau texte et dont l'explication se trouve, d'une part, dans le caractère transactionnel et épisodique d'une mesure législative qui n'a été que le dernier incident des débats de l'affaire de la Caisse de la Dette, d'autre part, dans la disproportion entre les résultats visés et les résultats atteints par les initiateurs de la réforme, plus apparente que réelle, contenue dans le décret du 26 mars 1900.

Dans un préambule de portée générale, la note explicative de 1898 reprend, avec plus de détails, mais sans y ajouter aucun élément vraiment nouveau, les considérations déjà esquissées dans la circulaire du 15 novembre 1897, en insistant spécialement sur les relations historiques qui relient l'article 11 du R. O. J. à l'article 4 de la loi italienne du 20 mars 1865 et sur le rôle que doivent jouer, aussi bien dans la filiale égyptienne que dans le modèle italien, soit la distinction entre la compétence indemnitaire et la juridiction de mérite, soit l'opposition entre les droits privés subjectifs et les simples intérêts. Puis, après avoir reproduit le texte soumis par le Gouvernement à l'examen de la Commission, elle s'attache à la justification successive de chacune des dispositions de ce texte. Ce sont ces développements techniques de la note de 1898 qu'il nous paraît nécessaire de mettre sous les yeux du lecteur, en remplaçant en tête de chaque paragraphe, pour en faciliter la compréhension, la partie de la formule nouvelle d'article 11 proposée par la circulaire de 1897, qui y est commentée.

§ 1

(Ces tribunaux ne pourront pas statuer sur la propriété du domaine public).

269. « C'est là un principe généralement admis. Les biens du domaine public, auxquels on fait allusion, sont ceux mentionnés aux articles 25 et 26 du Code civil mixte et 9 et 10 du Code civil indigène, desquels il ressort qu'il faut considérer comme faisant partie du domaine public, et partant comme n'étant susceptibles ni d'aliénation, ni d'exécution forcée, les biens qui servent à l'utilité publique. Sont dans ce cas tous les biens affectés à l'usage et au service du peuple et des autorités. Une jurisprudence constante y range également les deniers déposés dans les caisses de l'Etat ou entre les mains de tiers pour le compte de l'Etat ».

§ 2

(Le Gouvernement n'est pas justiciable de ces tribunaux pour les mesures prises par lui dans les intérêts généraux de l'Egypte, ni pour les actes qu'il pose en vue de l'exécution ou de l'application des lois et règlements d'administration publique).

« Ce paragraphe ne fait, en somme, que reproduire la jurisprudence actuelle. Cf. l'arrêt du 16 décembre 1886. R. O., XII, 34 : « S'il est vrai que les tribunaux de la « Réforme ne peuvent ni interpréter ni arrêter l'exécution d'une mesure administrative, c'est à la condition « que cette mesure ait été prise dans un but d'utilité « publique, dans l'intérêt général conformément aux lois « et décrets en vigueur, et dans le cercle des attributions « de l'agent qui l'a ordonnée ». Donc on reconnaît clairement que, dans ce cas, le Gouvernement n'est pas justiciable des tribunaux mixtes ».

§ 3

270. (Mais, sans pouvoir interpréter ou arrêter l'exécution d'une mesure administrative, ils sont compétents pour

juger des atteintes qu'un acte d'administration peut porter à un droit *individuel* acquis, reconnu aux étrangers, soit par des traités, soit par des lois, soit par des conventions).

« L'innovation de ce paragraphe consiste dans l'indication qu'on y donne du genre de « droit acquis » qui puisse motiver l'intervention du pouvoir judiciaire. Il faut que ce soit un droit acquis « reconnu aux étrangers, soit par des traités, soit par des lois, soit par des conventions. » En effet, la circulaire du 15 novembre 1897 relève avec raison que, contrairement à l'esprit qui a dicté l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes (disposition qui est reproduite par l'article 7 du Code civil) et contrairement au principe de la séparation des pouvoirs, les tribunaux mixtes se sont arrogé le droit de statuer sur tous les actes du Gouvernement égyptien.

« Il importe de donner ici quelques exemples de ces usurpations commises par l'autorité judiciaire sur le domaine exclusivement réservé au pouvoir exécutif, exemples que nous choisissons au hasard parmi les plus frappants et qui sont loin d'être les seuls :

« 1. — La Cour d'Appel mixte a consacré le principe qu'il appartient aux tribunaux de la Réforme de contrôler l'exercice du pouvoir disciplinaire conféré aux conseils de discipline des différentes administrations de l'Etat, en vérifiant si la décision prise était ou non justifiée en fait. La jurisprudence de la Cour d'Appel indigène a, au contraire, et avec raison, limité l'intervention de l'autorité judiciaire à l'examen de la légalité de la décision, au point de vue de la forme, en se refusant d'entrer dans l'examen du fond. (Voir les arrêts des 13 juin 1888, R. O. 262; — 20 février 1889, B. L. J. 299; — 13 mars 1890, B. L. J. 397; — 13 mars

1895, B. L. J. 187; — 11 mars 1897, B. L. J. 192 et beaucoup d'autres).

« 2. — La Cour s'attribue le droit d'examiner les raisons du refus d'autorisation, de la part de l'administration compétente, d'un établissement incommode, insalubre ou dangereux et, par conséquent, elle substitue au système de l'appréciation et de l'autorisation administratives le système de l'appréciation et de l'autorisation judiciaires. (Voir arrêt du 5 février 1898, dans l'affaire Centoze, Marciano et Parboni, inédit).

« 3. — La Cour n'hésite pas à critiquer les mesures prises dans un intérêt général par les services techniques compétents, tels que le service de l'irrigation, surveillance des digues, etc., à l'époque de la crue du Nil. (Voir arrêt du 24 décembre 1896, R. O., 100).

« 4. — Enfin, l'assiette même de l'impôt foncier, la classification des terres imposables n'a pas échappé au contrôle de l'autorité judiciaire, tel qu'il est compris, par la Cour d'Appel mixte, laquelle a cru pouvoir réduire le chiffre de l'impôt porté au rôle des contributions (Voir les arrêts successifs de la Cour d'Alexandrie dans l'affaire Alexandre Hanne, 4 février 1885, R. O., X, 45; — 4 avril, 1888 R. O., XIII, 146; — 4 mars 1891, B. L. J., III, 248).

« Or, même en admettant que le législateur égyptien ait voulu dans l'article 11 attribuer aux tribunaux de la Réforme une juridiction égale sous tous les rapports à celle des tribunaux administratifs de France et ailleurs sur le continent de l'Europe, nous affirmons que la Cour d'Appel d'Alexandrie, dans les cas susmentionnés, à outrepassé ses pouvoirs. On chercherait vainement, dans

la jurisprudence du Conseil d'Etat de France, des exemples de pareils jugements, lorsqu'il s'agit notamment de l'ouverture des établissements insalubres ou incommodes ou de l'assiette de l'impôt foncier. S'il est permis à l'autorité judiciaire d'apprécier les mesures prises par le Gouvernement au point de vue de la légalité de leur forme, il est inadmissible qu'elle puisse entrer dans l'examen du fond et soumettre l'appréciation des fonctionnaires de l'Etat au contrôle de simples experts judiciaires.

« Au surplus, même si l'on nous démontrait qu'il en était autrement en Europe, nous hésiterions beaucoup à reconnaître que l'article 11 donne aux tribunaux de la Réforme absolument la même étendue de juridiction que celle qui appartient aux tribunaux administratifs en France par exemple, car le Conseil d'Etat et les conseils de préfecture sont plutôt des corps administratifs que de véritables tribunaux, tandis que les tribunaux mixtes ne sont pas seulement des corps judiciaires proprement dits, et rien autre chose, mais encore ce sont des corps judiciaires internationaux.

« En somme, il résulte de l'ensemble de sa jurisprudence que la Cour d'Appel mixte s'est crue autorisée à exercer un véritable droit de contrôle sur tous les actes du Gouvernement égyptien, sous prétexte d'une atteinte portée à un droit acquis d'un étranger, sans se préoccuper la plupart du temps d'indiquer les dispositions législatives ou les stipulations conventionnelles qui auraient été violées au préjudice de l'étranger. C'est pour mettre un frein à cette tendance que le Gouvernement a cru devoir spécifier clairement, dans la nouvelle rédaction, les seules sources dans lesquelles l'étranger peut puiser un droit dont la sauvegarde est confiée à l'autorité judiciaire, à

savoir les traités internationaux, les lois locales ou les conventions. Tant que la rédaction actuelle subsiste, les étrangers sont beaucoup mieux traités que les indigènes, car, d'après la jurisprudence mixte, la portée de l'article 11 est plus large que celle de l'article 15, paragraphe 2, du règlement d'organisation judiciaire des tribunaux indigènes, lequel n'attribue à la connaissance des tribunaux indigènes que les actions en responsabilité contre l'Etat « à raison des mesures administratives prises en violation des lois et décrets ». (Voir arrêt du 11 avril 1889, B. L. J., I, 277 et autres arrêts postérieurs). Il résulte de là pour les étrangers une situation privilégiée vis-à-vis des indigènes, dans leurs rapports avec le Gouvernement, dont l'iniquité ne saurait échapper à l'esprit de justice de la Commission ».

§ 4

271. (Ces tribunaux ne connaîtront ni directement ni indirectement, sous quelque forme que ce soit, des mesures prises par le Gouvernement pour l'organisation ou la disposition des finances publiques, sauf dans le cas où une action serait instituée et portée devant eux par la Caisse de la Dette. Ils ne peuvent, dans aucun cas et sous quelque forme que ce soit, connaître d'une mesure prise sur l'avis conforme de la Caisse de la Dette, lorsque cet avis est exigé par les arrangements internationaux. Ils ne pourront non plus rechercher ou apprécier la valeur de cet avis).

« C'est évidemment ce paragraphe qui est de beaucoup le plus important ; c'est en lui que se trouve le noyau de la réforme proposée. D'ailleurs, les raisons qui ont conduit le Gouvernement à proposer ce changement dans la

rédaction de l'article 11 sont sans doute tellement présentes à la mémoire de tous, que nous n'avons qu'à les rappeler brièvement. Lorsqu'en 1896, le Gouvernement égyptien décida d'entreprendre une expédition militaire pour la reconquête du Dongola, on s'avisa de demander à la Caisse de la Dette, pour subvenir aux frais de la campagne une somme de L. E. 500.000 à prendre sur le fonds de réserve dans les mains de la Caisse, fonds qui est destiné « aux dépenses extraordinaires ». La majorité de la Caisse vota cette somme, mais la minorité, c'est-à-dire les commissaires français et russe, refusèrent leur adhésion et intentèrent une action contre le Gouvernement et la majorité de la Caisse, à l'effet de faire déclarer illégale cette action et de faire condamner le Gouvernement à rembourser les L. E. 500.000. Il y a eu d'autres actions et interventions connexes qu'il est inutile de rappeler ici. Le Gouvernement a soutenu, en premier lieu, que les tribunaux mixtes étaient incompétents, parce qu'il y avait là un acte de gouvernement ou de souveraineté qui échappait à leur contrôle; secundo, que la décision de la majorité de la Caisse était suffisante et inattaquable, et, enfin, que les frais d'une expédition militaire pour reconquérir une partie du territoire perdue, constituaient une « dépense extraordinaire » prévue par l'article 3 du décret du 12 juillet 1888 ».

« Le tribunal du Caire, par jugement en date du 8 juin 1896, et la Cour d'Alexandrie, en appel, par arrêt en date du 2 décembre 1896, ont retenu leur compétence et donné gain de cause aux demandeurs en condamnant le Gouvernement égyptien à restituer cette somme.

« Or, en laissant de côté, la question de fond — savoir s'il y avait là ou non une « dépense extraordi-

naire » prévue par le décret du 12 juillet 1888 — question qui ne nous concerne pas ici — il y avait deux autres questions principales à trancher dans le procès :

1° La question de compétence de la juridiction mixte en pareil cas, question dont la solution dépendait de la nature qu'on attribue à la transaction en question ;

2° La question des pouvoirs de la Caisse de la Dette et la manière dont ces pouvoirs devaient être exercés.

« Sur la première question, le Gouvernement égyptien a soutenu énergiquement que l'application faite par lui, d'accord avec la majorité de la Caisse, de ce demi-million pris sur le fonds de réserve, constituait un acte de Gouvernement et que les tribunaux mixtes ne pouvaient pas en connaître. Dans ses premières conclusions, le Gouvernement formula effectivement cette fin de non-recevoir de la manière suivante :

« Attendu que la décision prise par le Gouvernement, d'accord avec la Caisse de la Dette, d'affecter à un usage déterminé une partie du fonds de réserve constitue un acte de gouvernement où, en d'autres termes, de souveraineté, qui échappe, par sa nature même, à l'appréciation et à l'examen de l'autorité judiciaire ».

« Dans l'acte d'appel la même théorie est reproduite et développée davantage :

« Attendu qu'à tort le tribunal du Caire s'est déclaré compétent — que l'acte, par lequel le Gouvernement égyptien a décidé, avec le consentement de la Caisse de la Dette, de prélever sur le fonds de réserve, institué par le décret du 19 janvier 1888, une somme de 500.000 livres

égyptiennes pour faire face aux dépenses de la réoccupation de la province de Dongola, constitue un acte de souveraineté; que les mesures prises par le Gouvernement pour l'organisation ou la disposition de ses finances publiques sont, en effet, ainsi que l'a proclamé la Cour dans son arrêt du 22 avril 1880 (Sursoock contre Gouvernement) des actes de souveraineté échappant, par leur nature même, au contrôle de l'autorité judiciaire; — Que, postérieurement audit arrêt, l'organisation financière de l'Egypte a fait, il est vrai, l'objet d'arrangements internationaux (Loi de liquidation, Convention de Londres, etc.) qui ont eu pour but et pour effet d'apporter des restrictions à la souveraineté du Gouvernement égyptien en matière de finances publiques; — Qu'il s'ensuit que le Gouvernement ne peut déroger auxdits arrangements qu'avec le consentement des puissances, sauf, bien entendu, pour certains actes spécialement prévus, et qu'aux termes des mêmes arrangements il peut faire avec le simple consentement de la Caisse de la Dette; — Qu'il s'ensuit également que toute mesure prise avec le consentement soit des puissances, soit de la Caisse de la Dette, suivant les cas, revêt le caractère d'un acte de pleine souveraineté ».

272. « Eh bien, c'est pour consacrer définitivement ces conclusions, que nous croyons absolument justes et juridiques et dans lesquelles nous ne pouvons que persister, que le Gouvernement, en vue du refus des tribunaux mixtes d'y donner satisfaction, est obligé de recourir aux puissances. Voilà la signification de cette phrase :

« Ces tribunaux ne connaîtront, etc..... »

« Rien de plus raisonnable, et de plus indispensable même, à l'œuvre et au bon fonctionnement de tout Gouvernement.

« D'ailleurs, ce principe pour lequel nous combattons est élémentaire en droit administratif. Nulle part on ne permet aux autorités judiciaires ou même administratives de connaître des actes de gouvernement.

« Le contentieux administratif, dit la plus grande autorité française sur la matière, M. Batbie (*Droit administratif*, VII, p. 413), ne s'étend pas aux actes de gouvernement ; car cette matière n'appartient ni au contentieux administratif ni au contentieux judiciaire. Quelles sont donc ces affaires, qui n'ont pas de juges et de qui relèvent les injustices qui pourraient être commises ? Ce sont les affaires qui relèvent de l'opinion publique et des pouvoirs politiques. Voyez aussi M. Fuzier Herman (*Séparation des pouvoirs*. Paris, 1880) : « Quant aux actes portant sur des intérêts individuels, ils se divisent d'abord en actes gouvernementaux et actes administratifs. Les actes gouvernementaux sont considérés comme souverains ; ils ne sont susceptibles d'aucun recours devant les tribunaux ».

« Voilà donc le principe : incompétence pour les tribunaux mixtes de connaître des mesures prises par le Gouvernement pour l'organisation ou la disposition des finances publiques, parce que ce sont là des actes de souveraineté ou de gouvernement. A cela, il n'y a qu'une exception : sauf le cas où une action serait intentée et portée devant eux par la Caisse de la Dette. Et ceci nous amène au second point du procès récent auquel nous avons fait allusion tout à l'heure, à savoir : les pouvoirs de la Caisse de la

Dette en général et la manière dont ces pouvoirs doivent être exercés.

« La Cour d'Appel a décidé que la Caisse de la Dette n'avait pas le pouvoir d'autoriser le Gouvernement égyptien à subvenir aux frais d'une expédition militaire en prenant un demi-million du fonds de réserve « parce que c'était là une mesure politique et le mandat de la commission n'est qu'administratif et financier ».

« Nous pouvons observer qu'il y avait là évidemment une confusion, comme le fait remarquer du reste le commentateur de l'arrêt dans Sirey (M. Albert Wahl, professeur à la Faculté de droit de Lille), Recueil général, 1898, IV, 4 (Jurisprudence étrangère). La commission de la Dette, dit le savant professeur, prendrait une résolution politique, si elle autorisait une expédition militaire, mais elle ne sort pas de son rôle administratif en votant les dépenses nécessaires à cette expédition. Une délibération de ce genre n'a rien de politique. Si donc l'on se plaçait à ce point de vue, le prélèvement ordonné dans l'espèce serait légal. Quoiqu'il en soit, cette décision dispensait la Cour de trancher la seconde question, celle de savoir si la Caisse devait décider à la majorité ou à l'unanimité, puisqu'il résultait de cette prémisse que, même si la Caisse eût été unanime, sa décision n'en aurait pas moins été nulle comme *ultra vires*.

273. « L'objet de la rédaction nouvelle est de prévenir de pareilles difficultés à l'avenir. Lorsqu'il y aura une décision, soit de la majorité, soit de tous les commissaires à l'unanimité — nous reviendrons sur cette question dans un instant — les tribunaux ne pourront jamais aller derrière cet avis et décider que la Caisse a outrepassé son mandat.

Cette question ne concerne que les mandants, et non les autorités judiciaires de l'Égypte. Toutes les fois qu'il y aura un avis régulier de la Caisse, en faveur d'une mesure du Gouvernement, il y aura incompétence absolue pour les tribunaux d'en connaître. Ils ne pourront rechercher ni apprécier la valeur de cet avis.

« Le débat est définitivement clos. Il va d'ailleurs sans dire que cet article ne touche rien au droit commun dans le cas où il s'agirait, non d'une mesure prise par le Gouvernement sur l'avis conforme de la Caisse, mais d'une mesure prise par la Caisse elle-même, de sa propre initiative, auquel cas, évidemment, le Gouvernement resterait entièrement libre de prendre telle action qu'il appartiendrait.

« Et maintenant, pour terminer, qu'est-ce que nous entendons par « la Caisse », — « action portée par la Caisse », — « avis conforme de la Caisse » ?

« Nous entendons évidemment la majorité.

« Nous l'avons soutenu dans le procès récent en nous appuyant sur plusieurs arguments. D'abord il n'y a qu'un texte se rapportant à cette question, et ce texte est en notre faveur. L'article 8 du décret du 2 mai 1876 porte : « Le Gouvernement ne pourra, sans l'avis conforme des commissaires, pris à la majorité, porter dans aucun des impôts... des modifications ». Or le décret du 2 mai 1876 est celui qui a créé la Caisse; c'est le décret organique et fondamental. Il est donc tout naturel qu'il contienne la règle générale, celle qui a été posée une fois pour toutes, celle qu'on doit appliquer à toutes les décisions de la Caisse lorsqu'il n'y a pas été expressément dérogé. D'ailleurs, n'est-ce pas la règle générale de toutes les réunions admi-

nistratives ou commerciales, telles que les conseils d'administration de sociétés civiles ou commerciales, comités de surveillance, etc. ? Une règle contraire serait impossible en pratique. S'il suffisait de la mauvaise volonté d'un seul membre de la Caisse pour invalider ses décisions, il est évident que le fonctionnement du Gouvernement pourrait être entravé à chaque instant et les plus graves intérêts de l'Etat irrémédiablement compromis. Enfin il faut observer que la question de savoir s'il faut l'unanimité ou simplement la majorité des commissaires pour prendre une décision valable se rattache intimement à la question de savoir si, lorsqu'il n'y a eu qu'une décision de la majorité, la minorité peut se plaindre en justice. Or, cette dernière question, le tribunal du Caire et la Cour d'Alexandrie ont dû la trancher, et ils l'ont tranchée dans le sens affirmatif. Ils ont donc décidé implicitement que, d'après les textes actuels, l'unanimité est nécessaire puisque, s'il n'y a pas unanimité, ils reconnaissent l'action personnelle de chacun des commissaires à l'effet de faire annuler, en fait, la décision par la justice.

« Or, le principal argument de la Cour pour aboutir à cette solution était que la loi de liquidation avait modifié, sous ce rapport, le système qui avait prévalu antérieurement sous le décret de 1876. L'article 4 du décret du 2 mai 1876 portait « les actions, qu'au nom et dans l'intérêt des créanciers..... la Caisse et, pour elle, ses directeurs croiront avoir à exercer..... seront portées, etc... », tandis que l'article 38 de la loi de liquidation parle « des commissaires de la Dette ». Donc, dit-on, la loi de liquidation a modifié les termes de l'article 4 du décret du 2 mai 1876, en accordant aux commissaires de la Dette le droit d'action que ce décret n'avait semblé accorder qu'à la Caisse

et, pour elle, à ses directeurs. « On ne saurait comprendre, dit l'arrêt de la Cour d'Alexandrie, dans quel but les auteurs de la loi de 1880 auraient modifié les termes de l'article 4 du décret de 1876, s'ils n'avaient entendu expliquer par cette modification que chaque commissaire, pris individuellement, avait la faculté d'agir pour la défense des intérêts qui lui étaient confiés ». Il semble donc résulter clairement de là que, si la Cour se fût seulement trouvée en face de l'expression « la Caisse » au lieu de l'expression « les commissaires de la Dette », elle eût décidé que « chaque commissaire pris individuellement » ne pouvait pas agir séparément ; que, par conséquent, la majorité pouvait lier les mains à la minorité ; bref, que la Caisse était une collectivité dont les décisions, comme celles de presque toutes les collectivités, sont valablement prises à la majorité, sans qu'une minorité puisse ensuite les déférer à l'autorité judiciaire.

« Le Gouvernement égyptien a soutenu, dans le procès, que la loi de liquidation n'avait pas modifié la situation à cet égard et, qu'après comme avant cette loi, les commissaires n'avaient pas d'action individuelle. C'est aussi l'avis du savant commentateur de l'arrêt dans Sirey que nous venons de citer : « Les commissaires ne paraissent pas avoir de droit individuel ; ils forment par leur réunion une commission qui seule a des pouvoirs... Il semble résulter des textes que la commission n'est reconnue que comme corps organisé ; le mot « commissaire » qui figure dans la loi de liquidation, et qui est d'ailleurs employé au pluriel, ne peut avoir d'autre sens que celui de « Caisse » ; s'il est certain que, par ce dernier mot, le décret de 1876 a voulu restreindre à la commission le droit d'action sans l'accorder aux commissaires, la loi de liquidation n'aurait

pas modifié ce principe sans le dire expressément ». Mais, sans nous attarder à examiner si cette prétendue modification des termes du décret du 2 mai 1876, par les termes de l'article 38 de la loi de liquidation, a réellement la portée qu'on veut lui attribuer, nous acceptons la manière de voir de la Cour d'Appel mixte et nous adoptons sa théorie. Soit, l'expression « la Caisse » exclut les commissaires pris individuellement; ses décisions prises à la majorité sont nécessairement valables et suffisantes, puisque la minorité, soit deux commissaires, ne peut pas les attaquer.

« C'est pourquoi nous avons employé, dans la rédaction proposée, cette expression à laquelle la Cour mixte a attribué un sens propre et bien déterminé et la question est donc ainsi résolue pour l'avenir.

« Le Gouvernement égyptien invite donc la sous-commission à adopter cette nouvelle rédaction pour écarter toute difficulté à l'avenir et surtout pour éviter des procès coûteux et regrettables, tels que celui de 1896 ».

274. Il n'est pas besoin de méditer longuement le contenu de ce document pour pressentir les difficultés insurmontables auxquelles allait se heurter la réalisation du programme de revanche si ingénument exposé par des collaborateurs techniques dont le zèle, trop ardent pour être réfléchi, compromettrait irrémédiablement les chances de succès de la réforme préconisée par la diplomatie plus subtile de Boutros Pacha, en la présentant ouvertement, et sans souci des nécessités tactiques, comme une mesure de combat et de polémique, comme une sorte de censure qu'on demandait aux puissances d'infliger à la Cour d'Appel

d'Alexandrie pour la punir d'un excès d'indépendance. Glissant à la hâte sur celles des propositions de Boutros Pacha qui, par leur caractère abstrait et technique, et tout en permettant au Gouvernement d'atteindre par voie de conséquences, mais sans bruit, le résultat politique immédiatement visé, risquaient le moins de se heurter aux objections — décisives pour des juristes de mentalité française ou latine — tirées du principe de la séparation des pouvoirs — sous le couvert duquel la circulaire de 1897 se plaçait précisément dès ses premiers pas — et de la nécessité où se trouve le législateur, en vertu de ce principe, de s'abstenir de s'ingérer dans les attributions de l'autorité judiciaire, en contrôlant ou censurant directement des décisions concrètes de justice, les rédacteurs de la note explicative de 1898 s'appesantissaient naïvement sur la disposition occasionnelle du dernier paragraphe, en reconnaissant en toute franchise qu'elle constituait la véritable raison d'être, « le nœud » de la Réforme sollicitée, et, l'envisageant sous son angle le plus déplaisant et le plus aisément accessible à la critique du point de vue des conceptions de droit constitutionnel dominantes en Europe, insistaient tout particulièrement sur les rapports de cette dernière partie du texte proposé avec le jugement du 8 juin et l'arrêt du 2 décembre 1896. Invitant la Commission internationale à jouer le rôle d'une sorte de tribunal d'exception ou d'une juridiction improvisée, et à reprendre, à son tour, l'étude juridique de l'affaire de la Caisse de la Dette, non pas sans doute pour réformer au fond la décision rendue par la Cour d'Appel, mais pour se prononcer sur la valeur légale de cette décision, les auteurs de la note explicative prétendaient soumettre à l'examen des délégués des puissances les conclusions

qui avaient déjà été formulées, au nom du Gouvernement égyptien, à l'occasion de l'action du syndicat Herbault et de celle de la minorité des commissaires de la Caisse devant le tribunal du Caire ou devant la Cour d'Alexandrie, et se bornaient à reproduire, à l'appui de ces conclusions, sans prendre la peine d'en transposer le ton et d'en renouveler l'argumentation, les plaidoyers qui avaient déjà été inutilement présentés à l'appui de la thèse anglaise, devant les divers organes réguliers et permanents de l'autorité judiciaire.

275 Ce mémoire justificatif, après avoir un instant essayé dans son préambule de se conformer à l'allure diplomatique de la circulaire commentée et d'en imiter le langage prudent et réfléchi, prenait très vite, on le voit, l'accent chagrin et combatif de la récrimination pour aboutir, dans sa partie la plus développée, à une sorte de réquisitoire dirigé, par la partie perdante, au lendemain de la clôture des débats judiciaires de l'affaire de la Caisse de la Dette, contre la sentence de la Cour. Réquisitoire d'autant plus inopportun qu'il était destiné à être soumis finalement à l'appréciation d'une sous-commission composée de magistrats de l'ordre judiciaire qui, par tempérament professionnel, devaient être portés à ne laisser remettre, sous aucun prétexte, en discussion l'autorité de la chose jugée, et que la rédaction en avait été confiée à des juristes qui, plus initiés sans doute aux méthodes de travail de la jurisprudence anglaise qu'à celles des jurisprudences latines, et entreprenant, visiblement, sans préparation suffisante, un voyage de découverte sur l'un des terrains les plus mouvants du droit administratif français, n'avaient pas su tirer parti du rapprochement si judi-

cieusement établi dans la circulaire de Boutros Pacha entre l'article 11 du R. O. J. et l'article 4 de la loi italienne du 20 mars 1865, pour dégager les relations entre la règle consacrée par le R. O. J. et ses précédents européens et mettre ainsi en lumière les incorrections et les points faibles que pouvaient révéler la décision de la Cour ou surtout celle du tribunal mixte, par l'effet d'une confrontation avec les principes généraux du système italo-belge.

276. Cette erreur de tactique fut naturellement exploitée par les puissances dont l'action politique avait été, en fait, secondée en 1896, par la direction donnée par la juridiction mixte à son intervention dans l'affaire de la Caisse de la Dette et qui, pour cette raison, se sentaient particulièrement intéressées à s'opposer à toute mesure législative tendant à diminuer l'étendue ou l'efficacité du contrôle exercé par les tribunaux de la Réforme sur les rapports entre administrations égyptiennes et administrés étrangers. En faisant immédiatement écarter de l'ordre du jour des délibérations de la sous-commission la disposition finale de la nouvelle rédaction de l'article 11 proposée par le Gouvernement, celle à laquelle ses représentants déclaraient eux-mêmes attacher le plus d'importance, la France et la Russie avaient réussi à créer, avant même l'ouverture effective des travaux de la Conférence internationale, une atmosphère de suspicion et de discrédit autour de la réforme projetée. L'abandon définitif des deux derniers paragraphes ne suffit pas à dissiper l'impression que le projet de décret khédivial soumis à l'adhésion des puissances n'était, en réalité, qu'une loi de circonstance, dissimulant, sous des formules d'apparence

générale, un acte de représailles poursuivi par l'autorité administrative contre l'autorité judiciaire à l'occasion de l'exercice, par cette dernière, d'une opération concrète de juridiction.

SECTION III

Les travaux de la Sous-Commission technique de 1898. — Procès-verbaux et Rapport.

277. S'ouvrant sous de tels auspices, les délibérations internationales de 1898 ne pouvaient guère tourner dans un sens favorable aux vues du Gouvernement anglais. La sous-commission technique tint pendant l'été de cette année, au Caire et à Alexandrie, huit séances dont trois seulement furent consacrées à la discussion des propositions relatives à la réforme de l'article 11 du *R. O. J.* Dès la réunion préparatoire du 23 avril, à la suite d'un rapide échange de vues avec les membres de la sous-commission, Boutros Ghali Pacha s'apercevait que la première reprise du tournoi diplomatique, qu'on lui avait fait engager dans des conditions si défavorables, était irrémédiablement compromise et, pour diminuer à l'avance l'effet moral de l'insuccès probable de ces pourparlers préliminaires et combattre l'impression dangereuse que ne manqueraient pas de produire sur les diplomates de la Commission plénière les objections d'ordre juridique mises en avant dès la première heure par les délégués techniques des puissances, il demandait à la sous-commission — et obtenait d'elle — que, d'une part, les discussions auxquelles donneraient lieu les modifications proposées aux articles 9

et 11 ne soient pas insérées dans les procès-verbaux — qui mentionneraient seulement les résolutions arrêtées — et que, d'autre part, en cas de partage des voix, l'opinion de la minorité soit exprimée dans le rapport motivé qui serait rédigé et présenté par la sous-commission à la Commission plénière (1).

Des comptes-rendus, aussi soigneusement expurgés de tout élément de controverse et de discussion, ne laissent guère entrevoir la physionomie réelle des débats. Mais, en dépit de leur sécheresse, ils permettent cependant de suivre la marche progressive de réalisation des prévisions pessimistes qu'avait inspirées à Boutros Pacha sa première prise de contact avec les délégués techniques des puissances. Les alinéas 2 et 3 du projet gouvernemental — les seuls qui, après le retrait de l'ordre du jour consenti pour les deux derniers paragraphes, pussent être appelés à réaliser des innovations — furent soumis dans la séance du 24 avril à une critique, sans doute très vive, puisque décisive dans ses effets, et qui paraît avoir tout d'abord principalement porté contre la formule, considérée comme inquiétante par sa généralité et sa souplesse, qui proposait de soustraire à l'appréciation des tribunaux toutes les mesures prises par le Gouvernement dans les intérêts généraux de l'Egypte. A la suite de cette première partie de la discussion, dit le procès-verbal de la seconde séance, « la sous-commission, *tout en déclarant que les actes de souveraineté doivent échapper à la compétence des tribunaux, estime cependant qu'il est difficile de déterminer ces actes, et que leur appréciation doit être laissée à la justice* ».

(1 *Procès-verbaux de la sous-commission internationale de la réforme judiciaire de 1898*. Procès-verbal n° 1. Séance du 23 avril 1898.

Au travers de cette phrase du compte-rendu officiel, dont le ton conciliateur ne dissimule pas l'allure d'intransigeance déjà prise par les débats, s'affirme la volonté bien nette des délégués de refuser systématiquement leur approbation à toute mesure législative nouvelle dont le but pourrait être de restreindre la liberté de mouvements jusqu'à reconnue à la juridiction mixte dans la fixation des limites que le respect de l'indépendance du pouvoir exécutif l'oblige à apporter à l'exercice de sa compétence indemnitaire en matière administrative. Il semblait, dès lors, que les paragraphes 2 et 3 du projet de Boutros Pacha, découronnés dès le premier choc de la partie de leur dispositif qui en constituait l'originalité et la raison d'être, allaient être définitivement éliminés par l'opposition de la sous-commission comme les paragraphes 4 et 5 l'avaient déjà été par le refus initial de discussion de la France et de la Russie et que, de tout le programme gouvernemental, il n'allait finalement subsister qu'un seul alinéa, le premier, qui reproduisait sans y rien changer, le début de l'ancien article 11.

278. C'est pour éviter ce résultat, qui eût causé d'inutiles blessures d'amour-propre aux inspireurs de la Réforme avortée, et pour dissimuler la défaite complète de la diplomatie anglaise sous des concessions de forme à défaut de concession de fond, que le délégué de la Belgique, M. Vercamer, qui a joué si souvent le rôle d'agent conciliateur dans les sous-commissions techniques du même genre, crut devoir intervenir, à la fin de la séance du 24 avril 1898, pour soumettre à ses collègues un texte en apparence transactionnel. « M. Vercamer, lisons-nous dans le procès-verbal de cette seconde séance, propose une autre rédaction dont le texte suit :

« Ces tribunaux ne connaîtront pas des mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique.

« Mais ils connaîtront des atteintes portées aux droits acquis des étrangers par une mesure administrative, sans toutefois pouvoir interpréter cette mesure ni en arrêter l'exécution.

« Sur la proposition de M. Moriondo, l'examen de cet amendement est renvoyé à la séance du vendredi 6 mai, à Alexandrie, pour permettre aux membres de la sous-commission d'étudier la question ».

279. Le délai de réflexion que les délégués techniques s'étaient accordés avant de reprendre la discussion de l'article 11 permit aux auteurs du projet initial, en scrutant de plus près l'amendement Vercamer, de se rendre compte que ce contre-projet risquait fort de produire des résultats en contradiction avec l'esprit de conciliation qui l'avait inspiré et de se convaincre que, tout en rendant un hommage théorique à la loyauté d'intentions et à la perspicacité juridique des Gouvernements anglais et égyptien, en reconnaissant l'utilité technique d'une réfection de l'article 11, il tendait à orienter la rédaction nouvelle dudit article, dans un sens absolument opposé aux préoccupations de la politique anglaise, c'est-à-dire dans le sens d'un élargissement et non pas d'un rétrécissement des pouvoirs des tribunaux mixtes. Non content d'écarter les dispositions du projet Boutros Pacha relatives, soit à la défense pour les tribunaux mixtes de connaître des mesures prises par le Gouvernement dans les intérêts généraux de l'Égypte, soit à la limitation de leur compétence à l'exa-

men des atteintes causées par les actes administratifs à des droits acquis *individuels* par opposition aux droits *collectifs*, l'amendement Vercamer s'abstenait, en effet, de toute allusion à cette notion française des actes de gouvernement que la jurisprudence mixte avait consacrée avant 1896 dans quelques-uns de ses arrêts et qu'elle avait évité de heurter de front même dans l'affaire de la Caisse de la Dette, et ce silence risquait, en présence des propositions si formelles que contenait la circulaire de 1897, d'être interprété comme une condamnation, en ce qui concerne l'application à l'Egypte, prononcée tacitement par le législateur international, à l'encontre de cette théorie restrictive de la compétence des tribunaux ordinaires en matière administrative. En outre, le contre-projet Vercamer ne se bornait pas, s'inspirant sur ce point, et fort logiquement, d'idées depuis longtemps courantes dans le pays d'origine de son auteur et passées en 1876 dans la jurisprudence égyptienne par le canal de la loi italienne de 1865, à consacrer implicitement — comme le faisait déjà, quoique peut-être inconsciemment, la formule proposée par Boutros Pacha — le droit pour les tribunaux mixtes à procéder incidemment à l'examen de la légalité des actes administratifs à l'occasion des actions en responsabilité intentées contre l'Etat du chef de ces actes. Sa rédaction hâtive et irréfléchie risquait d'être interprétée comme restreignant aux mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique une défense aux juges d'interpréter les décisions de l'autorité administrative, et de s'opposer directement à leur exécution qui, dans le texte initial de l'article 11, visait toutes les opérations, correctes ou incorrectes au point de vue légal, qui peuvent rentrer

dans la définition technique de l'acte administratif, et menaçait par là de favoriser la multiplication dans la pratique judiciaire égyptienne des entorses et des déviations à la logique du système italo-belge de défense des droits individuels contre les administrations dont le Gouvernement anglais et le Gouvernement khédivial avaient eu à souffrir dans l'affaire de la Caisse de la Dette.

280. Aussi, lorsque la réfection de l'article 11 revint sur le tapis dans la séance du 6 mai 1898, Boutros Pacha, qui ne se dissimulait plus l'impossibilité de défendre les positions tactiques trop avancées que les représentants de la Grande-Bretagne près de l'Egypte lui avaient fait occuper, se préoccupa-t-il avant tout d'éviter, en proposant les corrections nécessaires à l'amendement Vercamer, que la revision de l'article 11, entreprise à sa demande, ne tournât finalement au préjudice des intérêts de l'autorité administrative égyptienne. Il convient ici de laisser la parole au procès-verbal de la séance du 6 mai qui, après avoir relaté, avec sa concision habituelle, les travaux poursuivis sur d'autres points par la sous-commission, s'exprime ainsi :

« S. E. le Président déclare maintenant la discussion reprise sur l'article 11 pour l'examen de l'amendement que M. Vercamer avait présenté, sur cet article, dans la deuxième séance, examen qui avait été réservé jusqu'à ce jour. Cet amendement était ainsi libellé : (Suit le texte déjà reproduit). Après quelques explications données par M. Vercamer sur la portée de son amendement qui a pour objet, non pas de consacrer une innovation quelconque, mais de préciser mieux l'idée du législateur, ce texte fait l'objet d'un échange général de vues, à la suite duquel

S. E. le Président déclare que, la discussion lui paraissant épuisée, la sous-commission doit voter d'abord sur la nouvelle rédaction présentée par le Gouvernement pour l'article 11. S. E. Boutros Pacha met en conséquence aux voix le texte proposé par la circulaire. Tous les seconds délégués, à l'exception de MM. les délégués du Gouvernement égyptien et de M. le second délégué de la Grande-Bretagne, votent contre. En conséquence du rejet de ce texte, S. E. le Président déclare qu'il va mettre aux voix l'amendement de M. Vercamer. Cet amendement donnant lieu à quelques observations touchant la forme du texte, M. de Korizemics propose une seconde rédaction qui est encore remaniée par S. E. Boutros Pacha, le Gouvernement se ralliant au nouveau texte, et qui est finalement arrêtée dans les termes suivants :

« I. — Ces tribunaux ne pourront pas statuer sur la propriété du domaine public.

« II. — Ils ne pourront connaître des actes de souveraineté ni des mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique.

« III. — Mais, sans pouvoir interpréter ou arrêter l'exécution d'un acte d'administration, ils seront compétents pour juger les atteintes portées par cet acte à un droit acquis d'un étranger reconnu soit par des traités, soit par des lois, soit par des conventions.

« Il est voté d'abord sur les alinéas 2 et 3 de ce texte. Votent pour : le Gouvernement égyptien et MM. les seconds délégués d'Allemagne, d'Autriche-Hongrie, de Belgique, de Grèce, d'Italie, des Pays-Bas, de Suède et Norvège. Votent contre : MM. les seconds délégués du

Danemark, d'Espagne, des Etats-Unis, de France et de Russie. M. le délégué de la Grande-Bretagne déclare s'abstenir, en raison de ce qu'il a voté pour l'adoption du projet de rédaction proposé sur l'article 11, dans la circulaire du Gouvernement. M. le second délégué du Portugal, ayant dû se retirer avant le vote, n'y a pas pris part.

« Il est voté ensuite sur le premier alinéa. Votent pour le maintien de cet alinéa : le Gouvernement égyptien et MM. les seconds délégués d'Autriche-Hongrie, des Etats-Unis, d'Espagne, de France, de Grèce, d'Italie, des Pays-Bas, de Russie, de Suède et Norvège. Votent pour la suppression : MM. les seconds délégués d'Allemagne, de Belgique et du Danemark. MM. les seconds délégués d'Allemagne et de Belgique expliquent qu'ils votent pour la suppression de cette disposition parce qu'ils la considèrent comme trop vaguement formulée et exprimant une idée qui se trouve déjà comprise dans les deux alinéas suivants. M. le second délégué du Danemark partage cette opinion, ajoutant qu'en fait, malgré le texte actuel, les tribunaux mixtes statuent sur la propriété du domaine public. M. le second délégué de la Grande-Bretagne déclare s'abstenir pour les raisons données par lui, lors du précédent vote. M. le second délégué du Portugal était encore absent au moment de la votation.

« M. le second délégué de la Grande-Bretagne dit qu'étant mis en minorité dans les votes sur les projets du Gouvernement égyptien relatifs aux articles 9 et 11 du règlement, il demande à S. E. le Président, conformément à la décision prise au début des séances de la sous-commission, de vouloir bien autoriser l'insertion, dans le rapport qui sera présenté par la sous-commission à la

Commission plénière, de son avis motivé, dont il fournira en temps utile le libellé, sur les dits projets ainsi que sur les questions diverses envisagées dans la circulaire du 15 novembre 1897. S. E. le Président répond qu'il sera fait droit à cette demande (1).

« La sous-commission ayant voté sur tous les points de la circulaire susmentionnée du 15 novembre 1897, S. E. le Président déclare qu'il y a lieu de remettre à quinzaine la prochaine réunion, pour l'examen du travail de rédaction qui va être préparé par le Comité désigné dans la séance du matin de ce jour » (2).

281. Le rapport auquel il est fait allusion dans les dernières phrases du compte-rendu de la séance décisive du 6 mai, peut seul permettre de suppléer au laconisme regrettable des procès-verbaux officiels de la sous-commission et de déterminer la signification exacte que celle-ci a entendu donner aux textes arrêtés par la majorité de ses membres. Il constitue à ce titre l'élément de beaucoup le plus important des travaux préparatoires du décret khédivial du 26 mars 1900. Nous devons le reproduire, sinon dans son intégralité, du moins dans la partie de ses développements qui concerne l'article 11 :

« La sous-commission chargée de l'examen des propositions du Gouvernement égyptien, concernant les modifications à apporter aux articles 9 et 11 du Règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes, a com-

(1) Voir *Appendice au Rapport présenté par la sous-commission à la Commission internationale de la Réforme judiciaire*, 1898.

(2) *Procès-verbaux de la sous-commission internationale de la réforme judiciaire de 1898*, Procès-verbal n° 5.

mencé ses travaux par la discussion des trois premiers paragraphes de l'article 11, les deux derniers paragraphes ayant été exclus des délibérations de la sous-commission.

« Les représentants du Gouvernement égyptien ont exposé que le nouveau texte leur semble bien marquer les limites naturelles entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire, telles qu'elles se trouvent tracées dans la plupart des législations des autres Etats, tout en garantissant aux étrangers la pleine protection de leurs droits; que, d'autre part, le principe de la séparation des pouvoirs interdit aux tribunaux de connaître des actes de souveraineté et des mesures destinées à assurer le fonctionnement régulier de l'Etat et l'accomplissement de sa mission.

« De son côté, la Commission n'a vu aucun inconvénient à ce qu'un nouvel article du règlement d'organisation judiciaire énonce formellement un principe incontesté, qui se trouve déjà implicitement contenu dans l'ancien article dudit règlement. Mais elle a pensé que ce serait méconnaître le principe même de la séparation des pouvoirs que de soustraire aux tribunaux la connaissance de toute mesure administrative quelconque, dès qu'elle serait qualifiée par le Gouvernement comme ayant été prise dans des vues d'intérêt général. Et, en effet, si une telle mesure échappe à l'appréciation du pouvoir judiciaire au point de vue de sa valeur intrinsèque, en tant qu'elle froisserait certains intérêts privés, il appartient néanmoins aux tribunaux d'en connaître, en tant qu'elle constituerait une atteinte à un droit acquis, la sauvegarde de ces droits constituant l'attribution naturelle du pouvoir judiciaire. Il doit d'autant plus en être ainsi qu'en Egypte il n'existe pas de contentieux administratif.

« La Commission a donc pensé que la compétence judiciaire ne doit être restreinte qu'au cas où la mesure d'intérêt général serait prise en exécution et en conformité de la loi ou d'un règlement ayant force légale à l'égard des étrangers.

« Le paragraphe 3 du texte proposé par le Gouvernement n'est que la reproduction de l'ancien texte avec une variante qui ne pouvait qu'être généralement approuvée. *L'ancien texte prévoyait, en effet, les atteintes portées à un droit acquis, dans les cas prévus par le Code civil, tandis que la nouvelle rédaction explique que ce droit peut avoir sa source soit dans un traité, soit dans une loi, soit dans une convention.*

« Mais ce texte semble, d'autre part, restreindre la compétence judiciaire au cas d'une atteinte portée à un droit acquis individuel. *Il est pourtant certain que les droits collectifs ne méritent pas moins que les droits individuels d'être placés sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire, encore que ce puisse être au fond une question délicate de savoir à qui appartient l'exercice d'un droit collectif.*

« *La Commission a donc cru devoir s'en tenir sur ce point à la terminologie de l'ancien texte (droits acquis) afin de prévenir de fausses interprétations que pourrait faire naître une qualification dont on ne voit pas bien la portée.*

« Quant au paragraphe premier du texte en discussion, qui défend aux tribunaux de statuer sur la propriété du domaine public, certains membres de la Commission en auraient désiré la suppression, à raison des incertitudes que l'interprétation d'une disposition aussi vaguement conçue doit nécessairement faire naître. Mais la majorité de la Commission n'a trouvé aucun inconvénient à main-

tenir au texte une disposition qui n'a soulevé jusqu'ici aucune difficulté pratique (1). Que si l'on fait un paragraphe spécial, ce changement a été uniquement motivé par les besoins de la rédaction.

« Passant au vote, la Commission a rejeté le texte du Gouvernement, mais, à une grande majorité, a adopté une rédaction proposée par l'un de ses membres et à laquelle le Gouvernement, après l'avoir amendée, s'était rallié (Annexe A). *Il a été d'ailleurs entendu que l'ensemble du nouveau texte n'a aucunement pour objet de consacrer une innovation, mais uniquement de préciser la portée de l'article 11 actuel.*

« Ceux des délégués qui ont voté contre la rédaction adoptée par la Commission étaient d'opinion que le texte actuel de l'article 11 est suffisamment clair et qu'il n'est pas opportun d'y apporter des changements dont la nécessité ne s'est pas fait sentir jusqu'à présent ».

282. Voilà qui est net. Il résulte de ce rapport du 19 juin 1898 que la sous-commission ne s'est pas seulement préoccupée, dans la rédaction de la nouvelle formule d'article 11, proposée à l'adoption de la Commission plénière sous la forme de l'annexe A au dit rapport, d'écarter tout ce qui pourrait apparaître comme une allusion, même voilée, à l'affaire de la Caisse de la Dette et être interprété comme le désaveu des décisions émises à l'occasion de ce procès par les juridictions successivement saisies. Elle a entendu ne réaliser par le nouveau

(1) Sur les applications, assez limitées, que peut comporter cette première disposition de l'article 11, cf. DE HULTS, *Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien*, 1908, I, p. 351-354.

texte que des modifications d'ordre exclusivement rédactionnel, et s'abstenir systématiquement d'introduire aucun changement dans le fonctionnement réel de la disposition ancienne de l'article 11 tel qu'il avait été compris jusque-là par la jurisprudence. Elle s'est assignée comme programme de faire de la nouvelle rédaction de ce texte une sorte de synthèse et de consolidation de l'ensemble des solutions que le travail antérieur de l'interprétation jurisprudentielle avait fait sortir de la formule primitive. C'est parce que la théorie française de l'acte de gouvernement, appliquée sans doute par les tribunaux mixtes avec une extrême réserve, n'en avait pas moins été transportée par eux, en principe tout au moins, à la suite de la Réforme de 1876, du domaine du contentieux administratif français dans le domaine du contentieux judiciaire égyptien, que la sous-commission a consacré dans le texte du paragraphe 2 de l'annexe A, quoique en termes ambigus et indécis, une soustraction de l'acte de gouvernement — désigné sous le nom impropre d'acte de souveraineté — à la connaissance des tribunaux qui, en dépit de l'imprécision du texte et des hésitations que révèle le début du rapport, semble finalement avoir été conçue comme générale et absolue. C'est parce que les directions tracées par la pratique antérieure des tribunaux ne l'y autorisaient pas, que la sous-commission s'est refusée à admettre que cette soustraction à la compétence de la juridiction mixte puisse être étendue à toutes les mesures prises par le Gouvernement dans l'intérêt général de l'Égypte, et qu'elle a tenu à proclamer que la formule arrêtée par la majorité de ses membres autorisait les tribunaux à examiner les actes administratifs, même ainsi qualifiés, au point de vue de leur régu-

larité juridique en la forme et au fond, en vue d'accorder des indemnités aux titulaires des droits lésés par eux, dans le cas où ils se trouvent vicieés par quelque incorrection légale. C'est aussi dans le but de fortifier par la consécration législative des traditions, déjà établies, dans la jurisprudence mixte, que la sous-commission, après avoir rappelé la distinction des droits et des intérêts, qui dès le début avait servi de base au développement jurisprudentiel de l'article 11, et après avoir rayé de la rédaction donnée au paragraphe 3 par Boutros Pacha le terme nouveau — droit individuel — qui, dans la pensée du Ministre des affaires étrangères égyptien, était destiné à exclure les droits collectifs de la protection judiciaire organisée par l'article 11, s'est appropriée, en l'intercalant après coup dans l'amendement Vercamer, la définition des droits acquis que les inspireurs de la circulaire du 15 novembre 1897 avaient fort imprudemment mise en avant. Les magistrats de carrière, qui composaient la sous-commission, avaient une trop solide pratique de la terminologie juridique française et un sens trop averti de la valeur technique qu'y prennent les mots par leur assemblage, pour ne pas saisir tout le parti que l'on pourrait tirer dans l'avenir, pour le développement de la défense des intérêts européens, d'une définition que les collaborateurs techniques de Boutros Pacha, sous l'influence de cette inexpérience des habitudes de langage propres aux législations latines qui se manifeste si curieusement dans certains passages de la note explicative de 1898, avaient, fort à tort, considérée comme de nature à restreindre le cercle antérieur de compétence administrative des tribunaux mixtes. Mais, en adhérant à cette définition, ils ont pris soin de préciser, dans un passage fort significatif du

rapport ci-dessus reproduit, qu'ils n'entendaient y voir qu'un hommage rendu à la correction légale d'une interprétation jurisprudentielle qui, contrairement à la lettre de l'ancien article 11, mais en conformité avec son esprit, avait étendu à tous les droits reconnus ou sanctionnés par les lois, de quelque nature que fussent ces lois, une protection judiciaire contre les abus administratifs, que le texte primitif de l'article 11 n'accordait formellement qu'aux droits consacrés ou réglementés par le Code civil.

SECTION IV

Les Conclusions de la Commission plénière

283. Les résultats des délibérations de la sous-commission, tels qu'ils sont exposés et commentés dans le rapport du 19 juin 1898 étaient, on le voit, bien peu encourageants pour les inspireurs de la circulaire du 15 novembre 1897. En dépit de modifications de caractère purement rédactionnel, que les rapporteurs déclaraient eux-mêmes démunies de toute signification novatrice, les conclusions finalement adoptées consacraient, somme toute, un rejet global de toutes les revendications formulées par la circulaire sur le terrain de l'article 11, et, par conséquent, un échec de la politique britannique dont les concessions, d'ordre trop accessoire, faites par les délégués techniques sur le terrain de l'article 9, ne pouvaient suffire à adoucir l'amertume. Et il y avait tout lieu de penser que, s'ils restaient livrés à leurs propres inspirations, les diplomates de la Commission plénière s'approprieraient, sans modifications sérieuses, peut-être même sans procéder à une nouvelle discussion, les propositions arrêtées par la sous-commission technique.

Pour combattre la réalisation de cette éventualité, la diplomatie anglaise n'avait plus d'autre moyen que de recourir à la sanction énergique que laissait déjà pressentir dans son préambule la circulaire du 15 novembre 1897 et d'amener le Gouvernement égyptien à se refuser

à consentir à une nouvelle prorogation quinquennale du régime de la Réforme tant que les réclamations de Boutros Pacha n'auraient pas reçu satisfaction. Il semblait, en effet, qu'elle disposait ainsi d'un moyen de pression d'une rare efficacité et que, mises en présence de la nécessité d'opter entre la suppression totale des tribunaux mixtes ou la revision de leur charte d'institution dans le sens d'un rétrécissement de leurs pouvoirs, les puissances ne pussent pas hésiter à se prononcer en faveur de la seconde branche de cette alternative. Mais la diplomatie britannique avait laissé trop vite prévoir qu'elle se retrancherait finalement derrière cet abri. La menace, non suivie d'effet immédiat, avait perdu avec le temps sa force d'intimidation. Les Gouvernements intéressés, prévenus d'avance par la campagne menée dans la presse officielle anglaise, et notamment dans le *Times*, de l'orientation nouvelle qu'allaient prendre les négociations, avaient eu le temps de préparer leur parade et surtout de se convaincre que, l'abrogation de la Réforme judiciaire entraînant comme conséquence nécessaire la restauration du régime des Capitulations dans la forme antérieure à 1876, et étant, par conséquent, de nature à créer à l'occupation anglaise des embarras autrement graves que ceux qui pouvaient résulter pour elle de l'humeur exagérément indépendante des tribunaux mixtes, il n'était guère à craindre que l'Angleterre, même en face d'une résistance intransigeante à ses demandes, se résignât à passer de la menace à la réalisation.

284. Il était déjà trop tard pour tirer un parti utile de cette arme quand le Gouvernement égyptien, à l'instigation de ses conseillers anglais et avec l'appui du Gouvernement

britannique, se décida, à la fin de 1898, à annoncer aux puissances qu'il ne proposait, contrairement aux traditions établies, que pour la durée seulement d'une année, la prolongation des pouvoirs des tribunaux mixtes qui étaient sur le point d'expirer et qu'il entendait réserver l'examen d'un nouveau renouvellement quinquennal jusqu'au moment où les négociations ouvertes par lui en vue de la réfection des articles 9 et 11 du R. O. J. auraient réussi et abouti. Si la proposition de renouvellement annuel ne souleva aucune protestation de la part de l'Italie, de l'Autriche et des puissances secondaires, elle ne fut, au contraire, acceptée qu'à titre de mesure provisoire d'urgence, la veille seulement du jour où finissait la dernière prorogation quinquennale, le 31 janvier 1899, par les Gouvernements russe, français et allemand qui firent les plus expresses réserves sur la légalité de la procédure suivie par le Gouvernement égyptien, et affirmèrent énergiquement que ce dernier, en proposant un renouvellement limité à un an et en subordonnant à des conditions son consentement à une prolongation plus étendue, se mettait en contravention avec l'article 40, titre II, du règlement d'organisation judiciaire, en usurpant un droit d'initiative que cet article ne reconnaît qu'aux puissances. L'Allemagne déclara même subordonner son adhésion au renouvellement annuel à la condition formelle que, dans un délai de trois mois, le Gouvernement égyptien acceptât un renouvellement normal de cinq ans. En voyant se joindre à la résistance de celles des puissances qu'elle avait constamment rencontrées en face d'elle pendant toute la durée de l'affaire de la Caisse de la Dette, l'opposition inattendue et plus cassante de l'Allemagne, la diplomatie anglaise jugea opportun de faire machine arrière et

Boutros Pacha dut, par une circulaire du 16 février 1899, adresser aux puissances une proposition de renouvellement quinquennal (1).

285. Au moment où, vers le début du mois de décembre 1898, le projet de revision des articles 9 et 11 put enfin affronter l'examen de l'assemblée plénière de la Commission internationale, les diplomates qui dirigeaient l'action combinée des Gouvernements anglais et égyptien ne pouvaient déjà plus se faire aucune illusion sur la valeur et l'efficacité du moyen d'intimidation à l'aide duquel ils avaient cru primitivement pouvoir forcer le consentement des puissances même les moins disposées à s'associer à des mesures de combat contre la juridiction mixte. Aussi les voyons-nous, au travers des procès-verbaux de la séance du 5 décembre 1898, renoncer devant la Commission plénière à la défense de leurs propositions primitives et adopter l'attitude résignée de joueurs qui, sentant la partie définitivement perdue, cherchent au moins à s'en retirer à temps et à dissimuler le plus possible la réalité et surtout l'étendue de la défaite subie. Sentant qu'il ne leur est plus possible d'intervenir utilement en vue d'empêcher que la Commission plénière ne ratifie aveuglément toutes les solutions arrêtées par sa sous-commission, les délégués anglais et égyptiens renoncent à combattre les conclusions de la délégation technique et s'efforcent désormais en en discutant la signification et la portée, de les ramener à l'interprétation la moins défavorable à leurs

(1) Cf. BABLED, *Les tribunaux égyptiens de la Réforme et le renouvellement de leurs pouvoirs*, dans *Revue générale de droit international public*, VI, 1899, p. 341-342. — BONNEVAY, *Organisation judiciaire de l'Égypte*, p. 48 et suiv. ; 112 et suiv.

intérêts et à leurs aspirations politiques. Aussi les délibérations de la Commission plénière ont-elles été relativement courtes et n'ont-elles introduit aucun élément vraiment nouveau dans un débat déjà suffisamment élucidé par les travaux de la sous-commission. Du compte-rendu officiel de ces délibérations, où la discussion de l'article 11 s'entremêle avec celle de l'article 9, nous croyons cependant devoir extraire les quelques passages qui concernent l'article 11.

286. Ce sujet est abordé en premier lieu par le second délégué de la Grande-Bretagne qui, après avoir rempli pendant quelques mois à titre de suppléant les fonctions de conseiller judiciaire du Gouvernement égyptien, venait d'être appelé à titre définitif à la succession de l'ancien conseiller, tombé en disgrâce près de lord Cromer à la suite des premiers déboires essuyés par la diplomatie anglaise dans les négociations engagées par la circulaire de 1897. Après avoir développé les propositions relatives à l'article 9 et noté attentivement les concessions obtenues sur ce terrain, le second délégué anglais s'explique, fort brièvement et avec beaucoup moins de complaisance, au sujet de l'article 11 : « En ce qui concerne l'article 11, il n'a presque rien à dire, puisque la partie principale, concernant la Caisse de la Dette, a été soustraite à la délibération de la Commission plénière. M. Mac Ilwraith ne s'oppose pas à l'acceptation des propositions de la sous-commission. L'addition au texte des mots : « reconnu aux étrangers soit par des traités, soit par des lois, soit par des conventions » est une amélioration et semble devoir avoir pour effet d'empêcher à l'avenir de porter devant les tribunaux mixtes certains procès qui précé-

demment leur ont été soumis (voir p. 6-12 de l'appendice au Rapport de la sous-commission). Il termine en exprimant encore une fois l'espoir de voir MM. les premiers délégués des puissances se rallier aux propositions du Gouvernement égyptien ».

Dans son désir de trouver dans la rédaction proposée par la Commission — rédaction qu'il renonce à combattre — quelque élément qui puisse être à la rigueur présenté comme une satisfaction donnée aux préoccupations de la politique anglaise, le conseiller judiciaire, oubliant pour l'instant les indications si nettes que le rapport du 19 juin 1898 fournit sur la signification attribuée par la majorité des délégués techniques à la définition des droits acquis incorporée dans le texte nouveau, reprend à son compte le jugement porté sur cette définition par la note explicative de 1898 et, pour le justifier, recourt à des arguments empruntés à l'appendice qui suit le rapport de la sous-commission, c'est-à-dire au document qui expose la thèse défendue par les commissaires anglais et égyptien devant la Commission technique, et finalement rejetée par celle-ci. C'est assez dire que cette appréciation, qui n'a pas formé et ne pouvait guère former l'objet de discussion, n'a que la valeur d'une opinion individuelle, opinion émise par un membre de la minorité et empreinte, nous le constaterons postérieurement, d'une forte dose d'optimisme.

287. Nous relevons plus loin, dans le compte-rendu de la séance du 5 décembre 1898, un second passage qui achève de caractériser la physionomie de cette dernière phase des débats : « S. E. le Président (Boutros Ghali Pacha) dit que, la majorité ayant rejeté le texte du Gouvernement

sur le deuxième alinéa de l'article 9, il va mettre en conséquence aux voix le travail de la sous-commission. Suivant l'ordre du rapport de cette dernière, il propose de voter d'abord sur l'annexe A qui doit être la nouvelle rédaction de l'article 11 du Règlement organique. Cette annexe A est ainsi conçue : (Suit le texte adopté par la sous-commission). M. Cogordan déclare qu'il n'a pas d'objection à présenter contre le texte arrêté par la sous-commission. Mais il croit devoir faire observer que la sous-commission n'a jamais pensé que le nouveau texte impliquât une condamnation de la jurisprudence de la Cour d'Alexandrie. On lit, en effet, dans le rapport que « l'ensemble du nouveau texte n'a aucunement pour objet de consacrer une innovation, mais uniquement de préciser la pensée de l'article 11 ». C'est sous le bénéfice de cette observation que M. le premier délégué de France votera le nouvel article 11. S. E. le Président dit que la loi est œuvre de législateur, et que la jurisprudence ne dépend que des magistrats qui la fixent. Elle peut varier. Mais ce n'est pas là la question soumise à la Commission. Ce que la sous-commission a estimé *c'est que le texte nouveau ne constituerait pas une innovation*; mais elle n'avait pas à émettre une opinion sur la jurisprudence passée, pas plus qu'elle ne pouvait préjuger de la jurisprudence dans l'avenir. M. Cogordan estime que son observation conserve sa valeur et maintient sa déclaration. S. E. le Président revient sur sa précédente argumentation : la sous-commission n'avait pas à examiner la jurisprudence des tribunaux; tout ce que la sous-commission a dit, *c'est qu'elle ne trouve pas, dans la nouvelle rédaction adoptée par elle, une innovation*, ce qui n'implique nullement l'approbation de la jurisprudence, qui pourrait changer

même avec le texte actuel. M. Mac Ilwraith dit qu'il ne comprend pas la valeur de la déclaration de la sous-commission, qui ne peut lier la magistrature, pas plus que la Commission plénière elle-même. La discussion étant close sur le point soulevé par l'observation de M. le premier délégué de France, S. E. le Président met aux voix le nouvel article 11, annexe A du rapport... L'annexe A du rapport de la sous-commission est adoptée par 12 voix avec 3 abstentions » (1).

288. M. Cogordan, se laissant aller à son tour à envisager le texte proposé comme une mesure de combat et comme une loi de circonstance, avait un instant passionné le débat en essayant de transformer en une apologie de l'attitude des tribunaux mixtes dans l'affaire de la Caisse de la Dette un texte, que le Gouvernement anglais avait sans doute conçu à l'origine comme destiné à désavouer et réprimer cette attitude, mais auquel la Commission technique avait su faire reprendre l'allure d'impartialité et d'objectivité qui convient aux dispositions de la loi. Les controverses soulevées par cette intervention du premier délégué français, quoique en elles-mêmes assez inopportunes, ont cependant contribué à mieux faire ressortir l'esprit propre de la nouvelle rédaction et ont fourni à Boutros Pacha l'occasion de définir, fort judicieusement et dans un réel esprit de pondération, la signification et la portée du passage, d'ailleurs caractéristique, du rapport de la sous-commission où celle-ci affirme la volonté de ne laisser réaliser aucune modification réelle dans le système jusque-là appliqué par la jurisprudence. Cette

(1) *Commission internationale de la Réforme judiciaire de 1898. Protocole n° 2. Séance du 5 décembre 1898.*

déclaration d'intentions conservatrices entraînait, sans doute, acceptation globale de tous les principes directeurs qui, depuis 1876, avaient présidé à l'application judiciaire de l'article 11 et que les tribunaux avaient pris soin eux-mêmes de signaler fréquemment dans les motifs de leurs arrêts comme constituant leurs règles habituelles de conduite en la matière. Mais elle n'impliquait nullement que les décisions judiciaires émises dans l'affaire de la Caisse de la Dette dussent être considérées toujours comme le modèle d'une application rigoureuse des principes en question et que les délégués techniques entendissent se porter garants de l'exactitude juridique de toutes les solutions d'espèce consacrées dans l'arrêt du 8 juin 1896. Après les retranchements opérés, dès avant sa réunion, dans le programme primitif de ses travaux à la demande de la France et de la Russie, la sous-commission serait, en effet, manifestement sortie des limites de son mandat, en s'attardant soit à critiquer, soit à défendre une décision de la Cour d'Appel et ses membres étaient suffisamment prémunis par leur formation professionnelle contre la tentation de se livrer à de pareilles incursions sur le terrain réservé à l'activité judiciaire. Mais il n'en reste pas moins vrai que si, comme le remarquait si justement le Ministre des affaires étrangères égyptien, la nouvelle rédaction de l'article 11 ne pouvait pas mettre obstacle à des évolutions ultérieures de jurisprudence que jamais texte législatif n'a pu réussir à empêcher, elle les rendait plus difficiles et moins probables en fortifiant les positions antérieures de la jurisprudence par la reconnaissance législative et que, à ce point de vue, elle consacrait, non seulement le maintien, mais le renforcement du *statu quo* jurisprudentiel.

289. Le Gouvernement anglais ne s'y trompa pas et, au lendemain de l'achèvement des travaux de la Commission internationale, les sentiments de déception que lui avaient causés les résultats définitifs de ces travaux s'exprimaient en toute liberté dans le rapport du conseiller judiciaire pour l'année 1898. Appréciant ces résultats au travers du rapport de la sous-commission que venait de sanctionner l'approbation de la réunion plénière, sir Malcolm Mac Ilwraith les caractérisait en ces termes : « Le rapport en question était décidément hostile aux propositions gouvernementales et, à vrai dire, c'était presque une conclusion arrêtée d'avance qu'il en serait ainsi. On ne pouvait guère espérer que les membres d'une Commission, composée presque entièrement de juges des mêmes tribunaux dont les décisions étaient mises en revision, reformeraient par leurs votes comme commissaires leurs propres décisions comme juges » (1). Et, dans le *Blue Book* de la même année, lord Cromer écrivait à son tour : « Le nouvel article 11, à première vue, semblerait assez rigoureux pour prévenir tout empiétement sur les droits légitimes du Gouvernement égyptien. *Le texte qu'il s'agit de remplacer était libellé en termes qui ne paraissaient pas moins explicites.* Pourtant son application n'a pas suffi à limiter l'action des tribunaux mixtes ».

Après avoir subi ces amputations successives et

(1) *Rapport du conseiller judiciaire pour l'année 1898*, p. 17-19. Dans son rapport pour l'année 1899 (p. 23-24), le conseiller judiciaire manifeste, il est vrai, un peu moins de pessimisme et cherche des motifs de consolation dans les espérances que les auteurs de la note explicative de 1898 avaient fondées sur la définition des droits acquis mise en avant par la circulaire de Boutros Pacha et finalement accueillie dans le texte nouveau de l'article 11. Mais l'avenir devait vite prouver combien ces espérances étaient fragiles.

ces transformations radicales, le projet de réfection de l'article 11 ne pouvait vraiment plus soulever aucune objection sérieuse de la part des puissances européennes. Approuvée après des négociations plus ou moins longues par chacune de ces puissances, sanctionnée finalement par l'autorité khédiviale, l'annexe A du rapport de la sous-commission de 1898 est devenue, par l'intermédiaire du décret du 26 mars 1900, le texte actuel de l'article 11. Cette version nouvelle ne représente donc pas le résultat d'une réforme systématique et réfléchie du texte primitif. Elle n'est autre chose que le vestige d'une tentative de réfection dont ce texte a formé l'objet au lendemain des événements judiciaires de 1896, mais que des circonstances défavorables ont condamnée à l'avortement final. C'est cette constatation de fait qui nous fournira la clef des difficultés, plus apparentes que réelles, que soulève l'interprétation du dispositif actuel de l'article 11.

CHAPITRE III

Les Remaniements apportés en 1900 au texte de l'article 11

290. Dans sa forme présente, l'article 11 est déparé par une imprécision et une impropriété de terminologie, par une gaucherie dans l'expression de la pensée, par un défaut de logique dans l'enchaînement apparent des idées qui risquent au premier abord de dérouter le lecteur, mais qui trouvent aisément leur explication dans les remaniements qu'a subis ce texte avant d'arriver à sa formule définitive et qui tous ont laissé la trace plus ou moins profonde de leur influence dans la rédaction actuelle de l'article 11. Pour résister à la tentation de chercher une explication logique à des bizarreries ou à des inélégances de rédaction qui ne comportent, en réalité, qu'une explication historique et nous prémunir contre les méprises où se sont laissé entraîner de ce chef quelques-uns de ceux qui avant nous ont essayé de dégager la signification et la portée exactes du nouveau texte, il importe que nous ayons constamment présentes à l'esprit non seulement la formule ancienne et la formule actuelle de l'article 11, mais aussi les formules transitoires qui ont tour à tour servi de base

aux discussions pendant les travaux préparatoires du décret de 1900. Replaçons-les donc côte à côte, dans un tableau qui permette de les embrasser aisément d'un seul coup d'œil. Nous prenons comme cadre de cette sorte de tableau synoptique des versions successives de l'article 11 la répartition des matières en paragraphes faite dans l'édition de 1900. Nous laissons d'ailleurs de côté les paragraphes 4 et 5 de la rédaction proposée dans la circulaire de Boutros Pacha. Ils n'ont eu, en effet, qu'un rôle éphémère et ne trouvent d'équivalent ni dans le texte primitif, ni dans le texte actuel. Ils ne sauraient présenter d'intérêt réel que comme précédents du décret khédivial du 15 novembre 1899 qui, avec l'approbation des puissances, a réglé à nouveau, et sur un terrain transactionnel, le fonctionnement des pouvoirs de la commission de la Caisse de la Dette en ce qui concerne les autorisations de dépenses extraordinaires à prélever sur le fonds de réserve.

Nous arrivons ainsi au tableau suivant :

TEXTE PRIMITIF	CIRCULAIRE DE 1897	Amendement Vercamer	TEXTE ACTUEL
		PARAGRAPHE 1	
Ces tribunaux, sans pouvoir statuer sur la propriété du domaine public,	Ces tribunaux ne pourront statuer sur la propriété du domaine public.		Ces tribunaux ne pourront statuer sur la propriété du domaine public.

ni interpréter ni arrêter l'exécution d'une mesure administrative.

Le Gouvernement n'est pas justiciable de ces tribunaux pour les *mesures prises par lui dans les intérêts généraux de l'Égypte* ni pour les actes qu'il pose en vue de l'exécution ou de l'application des lois et règlements d'administration publique.

PARAGRAPHE 2

Ces tribunaux ne connaîtront pas des mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique.

Ils ne pourront connaître *des actes de souveraineté* ni des mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique,

pourront juger, *dans les cas prévus par le Code civil*, les atteintes portées à un droit acquis d'un étranger par un acte d'administration.

Mais, sans pouvoir interpréter ou arrêter l'exécution d'une mesure administrative, ils sont compétents pour juger les atteintes *qu'un acte d'administration* peut porter à un droit individuel acquis, reconnu aux étrangers, soit par des traités, soit *par des lois*, soit par des conventions.

PARAGRAPHE 3

Mais ils connaîtront des atteintes portées aux droits acquis des étrangers par une mesure administrative, sans pouvoir interpréter cette mesure ni en arrêter l'exécution.

Mais, sans pouvoir interpréter *un acte d'administration* ou en arrêter l'exécution, ils seront compétents pour juger les atteintes portées par cet acte à un *droit acquis* d'un étranger, reconnu soit *par des traités*, soit par des lois, soit par des conventions.

291. On voit immédiatement que le législateur de 1900 n'a pas touché à la partie du dispositif primitif de l'article 11 qui forme la matière du paragraphe premier actuel. Ce paragraphe traite d'ailleurs de questions qui, bien que tangentes par certains points à la théorie de la responsabilité de la puissance publique, lui restent cependant extérieures et ne sauraient, pour cette raison, rentrer

dans le cadre de nos recherches. La suppression de la prescription initiale de l'article 11 qui soustrait à l'examen des tribunaux mixtes les contestations portant sur la propriété du domaine public, avait bien été proposée par l'amendement Vercamer, puis défendue devant la sous-commission internationale de 1898 par le représentant de l'Allemagne et les délégués de deux puissances secondaires. Mais — nous l'avons constaté antérieurement — les arguments invoqués en ce sens n'ont pu trouver grâce, ni devant la majorité de la sous-commission, ni devant la réunion plénière qui se sont finalement prononcées pour le maintien du *statu quo*. Sans doute les exigences d'une rédaction plus détaillée et plus verbeuse ont amené la substitution d'une proposition principale à un membre de phrase incident, mais aucune autre modification, soit de forme, soit de fond, n'a été introduite dans ce début de texte.

292. La refonte de 1900 n'a donc porté que sur les dispositions réparties entre les paragraphes 2 et 3. La simple inspection du tableau comparatif, que nous venons de dresser, montre assez que l'édition de 1900 a fait subir à ces parties centrale et finale du texte ancien trois modifications de forme et y a par là introduit trois précisions complémentaires. Hâtons-nous d'ajouter que — comme l'établissent la déclaration de principe formulée dans le rapport de la sous-commission de 1898 et les échanges de vues auxquels la discussion de cette déclaration a donné lieu au sein de la réunion plénière — aucune de ces trois retouches extérieures ne constitue vraiment une innovation par rapport au droit antérieur. Elles sont les unes et les autres d'ordre principalement rédac-

tionnel et présentent un caractère nettement interprétatif. Elles ont pour mission de mettre la lettre de la loi en harmonie avec la pratique dominante, et non pas de rectifier la marche de cette pratique en lui imposant des directions nouvelles. Elles tendent uniquement à remédier au laconisme et à l'obscurité du texte initial en y incorporant des éléments explicatifs empruntés à l'interprétation jurisprudentielle préexistante.

A la lumière de cette idée directrice, qui ressort si impérieusement de l'ensemble des travaux préparatoires de nature interprétative, esprit conservateur du décret khédivial du 26 mars 1900 —, nous allons voir se dissiper les difficultés plus apparentes que réelles, que peut soulever l'interprétation des trois particularités qui différencient la rédaction actuelle de l'article 11 de la rédaction de 1876. Les traits distinctifs du nouveau texte consistent : 1^o) dans la mention consacrée aux actes de souveraineté ou de gouvernement ; 2^o) dans l'allusion faite à l'appréciation occasionnelle de la légalité des actes administratifs par les tribunaux mixtes ; 3^o) dans l'effort tenté en vue de préciser et définir la notion des droits acquis.

SECTION I

Consécration législative de la théorie jurisprudentielle des actes de souveraineté ou de gouvernement.

293. Cette consécration ressort, semble-t-il, assez clairement, quoique en termes imprécis et inélégants, des premiers mots du paragraphe 2 : « *ils ne pourront connaître des actes de souveraineté* ». Sans doute l'expression *acte de souveraineté* est en elle-même fort ambiguë et reste étrangère à cette terminologie technique du droit français qui a fourni le fond essentiel du vocabulaire usité tant dans les monuments de notre législation mixte que dans les œuvres de notre doctrine juridique. Mais on ne sait que trop que nos textes législatifs ne se recommandent pas d'ordinaire par la rigueur et la correction du langage technique et que fort souvent les termes scientifiques y alternent, ou même y sont complètement remplacés par des substituts empruntés à la langue vulgaire. Et la lecture de la note explicative de 1898 nous a montré, en particulier, combien les initiateurs de la réforme de 1900, ceux qui ont établi les formules premières soumises aux discussions de la Commission internationale, étaient mal préparés à manier le vocabulaire scientifique et la classification technique du droit français. Il n'est pas douteux que par la dénomi-

nation d'acte de souveraineté ils n'aient entendu désigner ce que la jurisprudence administrative française appelle *l'acte de gouvernement*.

Ces deux termes : *acte de souveraineté* et *acte de gouvernement* ont, en effet, été indifféremment employés l'un pour l'autre, pendant tout le cours de cette retentissante affaire de la Caisse de la Dette qui a été la cause occasionnelle de la réfection de l'article 11 du R. O. J. Nous avons vu s'affirmer, au seuil même de la dite affaire, dans les conclusions déposées devant le tribunal mixte du Caire, au nom du Gouvernement égyptien, la croyance à une identité de signification et de contenu entre ces deux dénominations, tirées l'une du vocabulaire scientifique d'Occident, l'autre de ce français d'exportation qui constitue la principale langue judiciaire de nos tribunaux mixtes. Les conclusions de première instance du Gouvernement égyptien, dues à la plume experte du jurisconsulte averti qu'est M. Rocca-Serra, non contentes d'affirmer la synonymie des deux termes, définissaient déjà le rapport — rapport de locution technique à locution courante — qui les unit, en formulant ce considérant que nous avons antérieurement relevé : « Attendu que la décision, prise par le Gouvernement, d'accord avec la Caisse de la Dette, d'affecter à un usage déterminé une partie du fonds de réserve, *constitue un acte de gouvernement ou, en d'autres termes, un acte de souveraineté*, qui échappe par sa nature même à l'appréciation et à l'examen de l'autorité judiciaire ». Si le jugement du 8 juin, après avoir reproduit littéralement cette partie des conclusions des défendeurs, ne parle plus, dans la suite de son exposé de motifs, que de l'acte de souveraineté, si cette expression se retrouve seule, *brevitatis causa*, dans l'acte d'appel du Gouvernement

égyptien en date du 11 juin (1), en revanche l'arrêt définitif rendu par la Cour d'Alexandrie le 2 décembre 1896 proclame de nouveau l'équivalence des deux expressions et résume ainsi le moyen dilatoire présenté au nom de l'administration égyptienne : « attendu que les appelants... soutiennent que la décision prise par le Gouvernement, d'accord avec la commission de la Caisse de la Dette, *constitue un acte de gouvernement* ou, en d'autres termes, *un acte de souveraineté*... » A l'heure où se clôt aussi bien qu'au moment où s'ouvre la phase judiciaire de l'affaire de la Caisse de la Dette, nous rencontrons donc des documents significatifs qui nous prouvent que si, par la force d'habitudes de langage locales, le mot *acte de souveraineté* a été plus fréquemment employé au cours des débats que le mot *acte de gouvernement*, le premier de ces vocables n'a jamais cessé, aussi bien du côté des magistrats des tribunaux mixtes que du côté du Gouvernement égyptien, d'être considéré comme synonymique du second. Et rien dans les travaux préparatoires du décret de 1900 ne nous permet de soupçonner qu'il ait pu brusquement changer de valeur au cours de pourparlers internationaux qui ne constituent que le prolongement sur le terrain diplomatique du procès de la Caisse de la Dette.

Il ressort donc du processus même de la rédaction du nouvel article 11 que c'est bien la notion française de l'acte de gouvernement qui, après s'être fait jour progressivement — comme nous le constaterons bientôt — dans la jurisprudence antérieure, a reçu en 1900 le sceau officiel de la reconnaissance législative sous le nom, en

(1) Cet acte d'appel est reproduit dans LAMBA, *Evolution de la condition juridique des Européens en Egypte*, annexes, p. 372-376.

lui-même ambigu, d'acte de souveraineté. Ce qui n'implique pas, d'ailleurs, que les applications de fait données à ce concept de l'acte de gouvernement doivent nécessairement coïncider chez nous avec celles qu'il reçoit dans le pays d'où il a été importé. Il va de soi que, la condition internationale actuelle de l'Egypte impliquant un certain nombre de restrictions dans l'intérêt des bénéficiaires des Capitulations à la souveraineté normale de l'Etat égyptien, la liste des opérations politiques admises à bénéficier du régime exceptionnel de l'acte de gouvernement doit inévitablement — au moins en ce qui concerne le droit mixte — être un peu moins étendue en Egypte qu'en France (1). Mais ce sont là questions de mise en œuvre qui ne pourront trouver un développement utile que dans les chapitres que nous consacrerons plus tard à l'étude des conditions d'existence de la responsabilité de la puissance publique. Nous n'avons pas ici à entamer l'analyse interne de la notion si complexe et si mal définie de l'acte de gouvernement. Il nous suffit pour l'instant de marquer la place que cette théorie occupe dans l'économie générale du nouvel article 11.

294. Nous renoncerons même à présenter en ce moment une définition ferme de l'acte de gouvernement, car

(1) M. BLANCHARD, *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien*, *Revue générale du droit international public*, XX, 1913, p. 444, affirme, au contraire, « que la portée de ce terme est beaucoup plus large en Egypte qu'en Europe ». Mais cela tient, sans doute, à ce qu'il s'est fait une notion beaucoup trop compréhensive de l'acte de gouvernement, et à ce qu'il a cru pouvoir ranger dans cette catégorie toute une série d'actes que la jurisprudence des tribunaux mixtes se refuse fort justement à soustraire au droit commun de l'acte administratif.

il nous faudrait, pour le faire, prendre parti sur la question, si discutable, de savoir si le contenu de cette notion peut être délimité autrement que par voie de simple énumération et — en supposant que nous prissions parti pour l'affirmative — fournir les raisons de nos préférences pour l'une ou l'autre des formules que préconisent ceux des auteurs européens qui persistent à croire à l'opportunité et à la légalité d'une théorie spéciale de l'acte de gouvernement. Tenons-nous-en provisoirement à la définition

en elle-même quelque peu confuse et empirique, parce que reposant sur un critérium insuffisamment formel et saisissable, mais préférable encore, en dépit de ces défauts, à la plupart de celles qui ont été jusqu'ici proposées : qu'en a donné celui des spécialistes du droit administratif français qui a le plus fait pour maintenir en France, sous la troisième République, le crédit jurisprudentiel de la notion de l'acte de gouvernement. « Les actes du pouvoir exécutif, dit Laferrière, ne sont pas tous des actes d'*administration*; plusieurs sont des actes de *gouvernement*, et *échappent, à ce titre, à tout recours devant la juridiction contentieuse...* En dehors de toute disposition de loi, les principes généraux du droit public et la nature même des choses imposeraient la distinction de l'acte de gouvernement et de l'acte d'administration. Ces deux espèces d'actes correspondent, en effet, à *des attributions différentes du pouvoir exécutif: administrer et gouverner*. Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du Gouvernement avec les

Chambres, ceux de l'Etat avec les puissances étrangères. *Ce qui domine dans l'acte de gouvernement, c'est donc son caractère politique*; il échappe par là à la juridiction administrative pour ne relever que de la juridiction politique, c'est-à-dire de celle que les Chambres exercent. Il ne faut pas conclure de là que tout acte du pouvoir exécutif inspiré par des considérations d'ordre politique et gouvernemental, soit par cela seul un *acte de gouvernement contre lequel les citoyens n'auraient aucun recours d'ordre juridique*. La compétence dépend de la nature des actes, et non des mobiles qui les inspirent » (1).

295. Le savant théoricien du contentieux administratif français se résigne donc — nous aurons l'occasion de signaler ailleurs les raisons de cette résignation — à ne définir l'acte de gouvernement que d'une façon indirecte, par comparaison avec l'acte d'administration, et s'attache simultanément, pour dégager les caractères différentiels de cette catégorie de manifestations d'activité du pouvoir exécutif, à deux éléments : l'un fort net, mais purement extérieur, relatif à l'étendue de ses effets juridiques, l'autre tiré de sa nature intrinsèque, mais trop général et trop imprécis pour fournir la base d'une définition réellement scientifique. Le premier, le plus apparent de ces caractères distinctifs — d'aucuns, comme M. Hauriou, affirment que ce serait en réalité le seul (2), consiste dans la soustraction des actes de cette classe à tout recours contentieux,

(1) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, I, p. 32-33.

(2) HAURIOU, *Précis de droit administratif* (7^e édition), p. 76-78.
— TIRARD, *De la responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1906, p. 164. — TEISSIER, *De la responsabilité de la puissance publique*, p. 42 et suiv.

dans leur exonération de tout contrôle judiciaire, même indirect, même s'exerçant simplement par la voie du contentieux indemnitaire. A cet égard, la doctrine de l'acte de gouvernement se présente — c'est en partie pour cela qu'elle compte aujourd'hui tant de contradicteurs dans la science française (1) — comme le dernier résidu de la théorie de l'irresponsabilité de la puissance publique. Elle nous apparaît comme un ensemble de tempéraments apportés, soit sous l'empire de causes durables, soit pour des motifs d'ordre transitoire, mais toujours au nom d'impérieuses considérations de salut public, au fonctionnement logique et rigoureux de la conception du *Rechtsstaat* et à la mise en œuvre du principe qui veut que, dans l'Etat moderne, les gouvernants restent soumis, même dans l'exercice de leurs pouvoirs de commandement administratifs, à la domination de la loi et, par voie de conséquence, à la surveillance des organes judiciaires préposés à la défense des droits individuels des gouvernés.

296. A côté de ce premier élément de classification — élément empirique, puisqu'il suppose la liste des actes de gouvernement établie, et ne saurait servir à la dresser ni même à la compléter — Laferrière en fait intervenir un second qui, dans sa pensée, doit permettre de discerner quels sont ceux des actes du pouvoir exécutif qui ont droit

(1) Notamment : MICHOD, *Des actes de gouvernement*, dans *Annales de l'Université de Grenoble*, 1889, p. 263 et suiv. — BREMOND, *Des actes de gouvernement*, dans *Revue du droit public*, 1896, I, p. 60 et suiv., et *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1893, p. 321 et suiv. — Pour l'analyse de la littérature postérieure qu'à provoquée la discussion de ces critiques : Cf. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1911, I, p. 214.

au traitement de faveur que nous venons de décrire et que l'intérêt public oblige à placer au-dessus et à l'abri des règles ordinaires de la légalité et de la responsabilité. Il trouve la raison d'être de l'établissement d'un régime d'exception pour les actes de gouvernement dans la nature politique de ces actes et dans une opposition entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale. Distinction qui, tout en contenant un large fond initial de vérité, n'est certainement pas des plus aisées à développer dans l'application, parce qu'elle repose sur la combinaison et la mise en parallèle de notions dont les représentants de la doctrine du droit administratif français n'ont pu jusqu'ici s'accorder à déterminer ni la signification individuelle, ni surtout les rapports respectifs (1). Il ne semble pas pourtant qu'on en ait jusqu'ici proposé de meilleure (2), et elle se retrouve, quoique avec des modifications de détail et des commentaires explicatifs souvent peu concordants, non seulement chez les plus autorisés d'entre les contemporains de Laferrière (3), mais jusque sous la plume de celui des auteurs qui a procédé à la plus récente revision d'ensemble des doctrines du droit public français, M. Duguit. Cet écrivain, que des tendances d'esprit plus critiques que constructives ne prédisposent

(1) HAURIOU, *l. c.*, p. 76-77. — BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif* (7^e édition), p. 104-107. — MICHOU, *Des actes de gouvernement*, p. 16 et suiv.

(2) C'est précisément l'un des arguments que mettent en avant ceux des auteurs français qui s'attaquent au principe même de la théorie de l'acte de gouvernement et dénie à cette théorie le droit à l'existence.

(3) Cf. DUCROCQ, *Cours de droit administratif* (7^e édition), I, p. 88. — DARESTE, *La justice administrative* (2^e édition), p. 218. — AUCOC, *Conférences administratives* (3^e édition), I, p. 92.

guère d'ordinaire à s'approprier sans discussion les opinions de ses prédécesseurs, s'est si fortement pénétré de l'idée maîtresse de Laferrière (1), qu'il éprouve le besoin de faire entrer la définition tirée de la nature intrinsèque des actes de gouvernement dans la dénomination même de cette catégorie d'actes et qu'il propose de substituer, pour la désigner, à l'expression acte de gouvernement, qui lui paraît ambiguë et dangereuse, l'expression plus adéquate d'acte politique (2). Nous en tenant pour l'instant à ces notions courantes et moyennes, sans vouloir en scruter la valeur, nous croyons donc pouvoir dire finalement que la théorie française de l'acte de gouvernement soustrait certaines catégories de mesures juridiques prises par les gouvernants à l'influence et à l'éventualité de toute action judiciaire — fut-ce la simple action en réparation du préjudice causé — et cela même pour le cas où ces mesures seraient prises en violation des lois et lèseraient des droits individuels; qu'elle les met à l'abri de la critique et de l'intervention juridictionnelle des tribunaux, à raison de leur nature politique, parce que ces actes intéressent directement, soit la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, soit les rapports constitutionnels des pouvoirs publics (3).

297. Il semble bien que ce soit avec cette signification et cette portée que la théorie de l'acte de gouvernement ait pénétré dans le texte nouveau de l'article 11 sous le

(1) Mais sans suivre ses déductions dans l'établissement de la liste des actes de gouvernement.

(2) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1911, I. p. 210 et suiv.

(3) TIRARD, *De la responsabilité publique*, p. 164.

nom vulgaire d'acte de souveraineté et que le décret khédivial du 26 mars 1900 ait voulu substituer définitivement à la classification bipartite des actes des administrations publiques, qui seule était expressément formulée dans le texte primitif du R. O. J. une distinction tripartite, dont les germes avaient d'ailleurs déjà été antérieurement développés par le travail spontané de la pratique judiciaire. Dans sa forme originelle le R. O. J. distinguait déjà :

1°) Les actes auxquels certains auteurs italiens ont réservé le nom, fort expressif et à notre avis très judicieusement choisi, d'acte administratif improprie, mais que nous pouvons cependant, pour ne pas déroger aux habitudes de la terminologie scientifique française, appeler actes de gestion, à la condition toutefois qu'il soit bien entendu que nous ne prêtons pas à ce terme la signification que lui donnait Laferrière et qui, déjà démodée dans la doctrine française et complètement abandonnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, continue encore à encombrer la doctrine belge et la jurisprudence italienne; les actes contractuels ou, d'une manière plus générale, ceux que les administrations de l'Etat accomplissent, dans l'intérêt sans doute de la bonne gestion des services publics, mais en vertu de facultés juridiques qui ne leur sont pas réservées en propre et par le moyen de procédés qui demeurent ouverts aux particuliers aussi bien qu'à elles; actes laissés sous le régime libéral de l'article 10 qui ne modifie aucunement, en ce qui les concerne, le jeu normal de la fonction juridictionnelle et ne limite point à leur profit les pouvoirs habituels d'investigation du juge; actes, qui, dans la mesure où les contestations qu'ils soulèvent se produisent entre administrations et particuliers bénéficiant des Capitulations, relèvent de la

compétence des tribunaux mixtes aussi bien au point de vue du contentieux d'interprétation, ou même du contentieux d'annulation, qu'au point de vue du contentieux indemnitaire;

2°) Les actes administratifs proprement dits, ceux qui méritent ce titre non seulement parce qu'ils émanent d'administrations publiques, mais aussi et surtout parce qu'ils ne sont susceptibles d'être accomplis que par ces seules administrations; ceux qui, dépassant le cercle d'action juridique des initiatives privées et limitant le libre jeu de ces initiatives, ne peuvent s'expliquer que comme les manifestations légales et les formes courantes d'exercice des pouvoirs de commandement que la loi reconnaît dans l'intérêt de la collectivité aux gouvernants vis-à-vis des gouvernés; actes auxquels nous laisserons l'étiquette consacrée d'actes d'autorité, mais en spécifiant toutefois que, sous cette dénomination, nous entendons viser, non pas les mesures administratives soustraites à l'application des règles habituelles de la responsabilité de l'État et des patrimoines administratifs, mais les opérations administratives qui constituent le champ normal; nous dirons même le seul terrain vraiment spécifique de développement de la théorie de la responsabilité de la puissance publique; actes régis par la disposition primitive de l'article 11 — restée d'ailleurs la disposition principale du texte actuel — qui n'autorise le juge à s'ingérer dans leur examen que d'une façon incidente, à l'occasion des lésions qu'ils infligent aux droits individuels, et en vue d'assurer la réparation de ces lésions; actes qui échappent, comme nous l'avons suffisamment constaté, à la compétence des tribunaux mixtes tant au point de vue du contentieux de l'interprétation qu'au point de vue du

contentieux de l'annulation, mais restent soumis à la juridiction de ces tribunaux pour tout ce qui concerne le contentieux indemnitaire.

Le début du paragraphe 2 de la nouvelle rédaction de l'article 11 paraît bien avoir voulu consacrer législativement l'existence, à côté, ou plutôt au-dessus, de ces deux sortes d'actes des administrations publiques, d'une troisième catégorie encore plus favorablement traitée que ne l'est la classe des actes d'autorité, l'acte de souveraineté, équivalent égyptien de l'acte de gouvernement français, placé comme ce dernier à l'abri de toute attaque judiciaire des particuliers et soustrait au contrôle des tribunaux de la façon la plus absolue, aussi bien quant au contentieux indemnitaire que quant au contentieux de l'interprétation ou au contentieux de l'annulation. Si telle est réellement la signification du nouveau membre de phrase : « Ils ne pourront connaître des actes de souveraineté », que la revision de 1900 a introduit dans notre texte, il faut reconnaître que la loi elle-même restreint actuellement l'application de la disposition maîtresse de l'article 11 aux seuls actes d'autorité; qu'elle écarte le régime de compétence judiciaire limitée décrit dans cet article, à la fois pour les actes de gestion qui demeurent soumis à tous égards aux investigations juridictionnelles des tribunaux, et pour les actes de gouvernement qui échappent d'une façon absolue, soit en eux-mêmes, soit en ce qui concerne leur répercussion sur les droits individuels, au contrôle de l'autorité judiciaire.

PARAGRAPHE I

Théorie de M. Péliissié du Rausas

298. Mais, si cette interprétation paraît s'être imposée

sans grandes difficultés à la pratique judiciaire, elle est loin de triompher sans conteste dans notre doctrine. Nous rencontrons tout d'abord ici la contradiction, à laquelle nous nous sommes si souvent heurtés, de M. Pélassié du Rausas. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement. Les juridictions de la Réforme se sont constamment inspirées, de 1876 à 1900, dans l'ensemble de leurs sentences, d'une interprétation de l'article 11 qui est en contradiction flagrante avec celle que préconise M. Pélassié du Rausas, et c'est cette interprétation jurisprudentielle qui a servi de thème aux discussions préparatoires du décret du 26 mars 1900 et qui, après avoir soulevé les protestations des Gouvernements anglais et égyptien, en 1897, a été reproduite et consolidée dans ses grandes lignes par la Commission internationale de 1898-1899. Les retouches ou les précisions de détail apportées en 1900 à l'article 11 s'inspirant toutes de cette interprétation jurisprudentielle, et constituant, par conséquent, autant de démentis infligés à la thèse de M. Pélassié du Rausas, ce dernier, ne pouvant ni concilier des dispositions de ce genre avec sa conception générale du mécanisme de l'article 11, ni se résigner à reconnaître l'inexactitude de sa doctrine initiale, n'avait d'autres ressources que de dénier toute réalité et toute portée aux retouches en question et se refuser énergiquement à accepter la signification que leur assignent la lettre de la loi et ses travaux préparatoires. Aussi s'efforce-t-il de démontrer que la mention consacrée à l'acte de souveraineté par la nouvelle rédaction de l'article 11 ne mérite pas être prise au sérieux et que l'on doit la considérer en quelque sorte comme non écrite.

299. « *Il ne faut pas, écrit-il, se laisser abuser ici par la distinction classique et traditionnelle, que consacrent la plupart des législations, entre l'acte administratif et l'acte de gouvernement, et, si l'on veut appliquer cette distinction en Egypte, on ne peut le faire sans tenir compte de la situation très spéciale faite par les Capitulations à l'Etat égyptien dans ses rapports avec les étrangers* » (1). Et que le lecteur se garde bien de croire que la fin de la phrase constitue une rectification ou une atténuation à l'idée si brutalement exprimée au début de ces lignes. Car la *situation très spéciale*, à laquelle l'auteur fait allusion, vient d'être décrite par lui dans les pages qui précèdent immédiatement et où il précise les positions finales de sa thèse générale en opposant les unes aux autres, d'une part, les mesures administratives prises par l'Etat égyptien en vertu des lois émanant de sa seule autorité et qu'il convient de traiter par rapport aux Européens comme nécessairement arbitraires, donc comme ouvrant droit à réparation dès qu'elles leur causent un préjudice quelconque et, d'autre part, les mesures administratives prises en exécution des lois édictées avec l'assentiment des puissances, auxquelles les tribunaux doivent reconnaître existence légale même à l'égard des bénéficiaires des Capitulations et à raison desquelles le Gouvernement ne peut encourir aucune responsabilité, quelques dommages qu'elles viennent à causer aux étrangers, pourvu, du moins, qu'elles soient prises régulièrement en la forme et émanent de fonctionnaires compétents. C'est en cherchant à justifier cette antithèse, que nous avons suffisamment critiquée, pour

(1) *Le régime des Capitulations dans l'Empire ottoman* (2^e édition), II, p. 484.

qu'il soit superflu d'en reprendre la discussion, qu'il se trouve amené à parler de la rédaction nouvelle de l'article 11 qui, d'après lui, ne peut avoir eu d'autre but que de faire pénétrer dans le dispositif même de l'article 11 la distinction qu'il vient de développer et que le texte primitif de notre article avait négligé de formuler. « Il importait, dit-il, de l'y mettre, si on voulait que l'article 11 fût en harmonie et avec la jurisprudence et avec les nécessités juridiques résultant de la réforme législative. C'est ce qui a été fait en 1900 et c'est là tout l'objet et toute la portée de la réforme opérée par le décret du 26 mars... » (1).

300. C'est en vain que nous avons cherché à relever dans les travaux préparatoires les traces des préoccupations prêtées au législateur de 1900 par notre éminent contradicteur. Elles n'apparaissent, en tout cas, au travers d'aucun des documents officiels que nous avons rassemblés dans le chapitre II du présent livre. Mais, sur la foi de renseignements dont il se garde bien de nous indiquer la provenance, et qui, par conséquent, échappent à tout contrôle, M. Pélassié du Rausas croit pouvoir nous affirmer que le décret du 26 mars 1900, tout en continuant à considérer les actes administratifs émanés de l'initiative isolée du Gouvernement égyptien comme sans valeur à l'égard des ressortissants ou protégés d'Etats étrangers, a voulu mettre à l'abri de toute attaque judiciaire, même par la voie du recours en indemnité, ceux de ces actes qui sont pris en vertu d'une autorisation préalable des puissances adhérentes à la Réforme judiciaire. Et c'est alors qu'il ajoute :

(1) *L. c.*, II, p. 484.

« Il faut donner la même interprétation, et pour les mêmes motifs, des termes « acte de souveraineté ». Les actes de souveraineté, dont la juridiction mixte ne peut pas connaître, quelque préjudice qui en résulte pour des étrangers, *sont ceux auxquels les puissances ont coopéré et qui, grâce à cette coopération sont devenus obligatoires pour les étrangers*. Etant donné le système législatif actuellement en vigueur en Egypte, système législatif directement déduit, comme nous l'avons démontré, du principe de l'immunité législative, aucune autre interprétation n'est possible : *en dehors de la coopération des puissances, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir d'acte de souveraineté opposable aux étrangers*, pour cette excellente raison que, en dehors de la coopération des puissances, l'Etat égyptien n'a pas la puissance législative sur les étrangers » (1).

301. Ne nous y trompons pas : ceci revient pratiquement à dire que celles-là mêmes des mesures administratives prises par l'Etat égyptien qui rentrent par leur nature dans la catégorie des actes de gouvernement, ne peuvent jamais être rendues opposables aux étrangers établis en Egypte, et qu'elles donnent toujours ouverture à leur profit, au même titre et dans les mêmes conditions que les actes administratifs proprement dits, à l'action en réparation pécuniaire, dès qu'elles lèsent leurs intérêts. Car les conditions qu'exige M. Pélassié du Rausas pour admettre leur soustraction à la compétence des tribunaux mixtes sont des conditions matériellement irréalisables. Il convient, en effet, de ne point oublier quelles sont les opérations que la pratique de notre pays range sous cette

(1) *L. c.*, II, p. 484.

rubrique. Ce n'est point ici le lieu d'en dresser la liste complète, liste dont l'établissement soulève plus d'une question litigieuse. Il nous suffira pour l'instant de rappeler, renvoyant à des démonstrations ultérieures, qu'il y a deux sortes de mesures politiques auxquelles notre jurisprudence a déjà eu l'occasion, depuis 1900, de reconnaître ce caractère : d'une part, les conventions internationales ainsi que les cessions de territoires et les déplacements de souveraineté qui en résultent, d'autre part, les faits de guerre et les mesures de police prises au cours d'opérations militaires. La procédure d'approbation internationale, à laquelle M. Péliissié du Rausas voudrait subordonner l'application du paragraphe 2 du nouvel article 11, aurait déjà grand-peine à fonctionner en ce qui concerne la première de ces deux catégories d'actes et apparaîtrait, dans l'état actuel des rapports internationaux, comme une sorte d'anachronisme (1). Elle devient absolument incompréhensible dès qu'on essaie de l'appliquer à la seconde de ces deux catégories d'actes. Peut-on supposer sans sourire qu'au cours d'une de ces entreprises militaires, dont les campagnes soudaniennes offrent le type, le commandant en chef du corps expéditionnaire se résignera naïvement à attendre l'issue des pourparlers engagés avec les diverses chancelleries européennes, avant d'éloigner du champ de ses opérations les étrangers

(1) On n'a nullement songé à l'observer, lors de la conclusion du traité anglo-égyptien — si passionnément discuté d'ailleurs — de janvier 1899 sur la souveraineté et l'administration du Soudan, ce qui n'a pas empêché pourtant que les tribunaux mixtes reconnaissent à cet accord la valeur d'un acte de gouvernement soustrait aux réclamations judiciaires de ceux-là mêmes d'entre les particuliers qui sont couverts par la protection des Capitulations.

suspects ou encombrants ou de leur retirer les permis de circulation antérieurement délivrés? Peut-on même concevoir, qu'avant de lui laisser engager une bataille ou de l'autoriser à diriger le feu de son artillerie sur une place occupée, le Gouvernement égyptien éprouve le besoin de réunir au Caire ou à Alexandrie une conférence internationale et de lui soumettre pour approbation ses plans de combat? Evidemment non. L'étrangeté des résultats auxquels elle aboutit démontre donc déjà suffisamment l'in vraisemblance de l'interprétation ultra-restrictive donnée par M. Péliissié du Rausas aux premiers mots de notre paragraphe.

302. Nous avons déjà pu nous convaincre de l'extrême fragilité des arguments qui l'ont conduit à formuler cette interprétation. Ces arguments sont tirés, en effet, de la définition qu'il croit pouvoir donner à l'immunité législative et des rapports d'interdépendance qu'il suppose exister entre ce privilège capitulaire et la prétendue immunité administrative. Très caractéristique à cet égard est la façon dont il explique la distinction entre les actes administratifs et les actes de gouvernement, distinction qui, telle qu'il la comprend, perd toute son existence réelle, puisqu'elle n'aboutit plus à aucune différence de traitement entre les deux situations inutilement opposées l'une à l'autre.

« Bien comprise, cette distinction signifie ceci : il est certains actes de haute administration qui, bien qu'ils émanent du pouvoir exécutif seul, auquel, dans les pays constitutionnels, n'appartient pas l'exercice de la puissance législative, doivent cependant, et par exception, être traités comme s'ils émanaient du pouvoir législatif de

l'Etat, et doivent avoir la même autorité que la loi, c'est-à-dire une autorité souveraine. Les actes de gouvernement, *par l'assimilation ainsi faite entre eux et la loi*, deviennent des actes de souveraineté et, comme tels, à la différence des actes administratifs proprement dits, ils échappent à l'appréciation et s'imposent à l'obéissance de l'autorité judiciaire — tribunaux ordinaires ou tribunaux administratifs. En d'autres termes, *les actes de gouvernement sont des lois qui, par dérogation aux règles ordinaires du droit constitutionnel, peuvent être édictées par le pouvoir exécutif. Leur autorité est égale à celle de la loi, mais ne peut lui être supérieure, car il n'y a pas d'autorité supérieure à celle de la loi*. Dans les pays de pleine souveraineté, cette autorité est absolue, en ce sens qu'elle atteint les étrangers comme les nationaux. Dans les pays où, comme en Egypte, les étrangers bénéficient du privilège de l'immunité législative, cette autorité est forcément limitée aux nationaux; elle n'atteint pas les étrangers ou, tout au moins, elle ne peut les atteindre que par l'intermédiaire et que grâce à la coopération de la souveraineté étrangère. L'acte de gouvernement encore une fois ne peut pas avoir plus de force que la loi » (1).

303. L'argumentation de M. Péliissié du Rausas ne lui est pas à vrai dire strictement personnelle. On la voit déjà se dégager en partie, mais présentée avec plus d'habileté et de prudence, tempérée par des réserves qui la rendent plus spécieuse, dans un article de M. Babled qui, écrit avant la promulgation du décret du 26 mars 1900, par le plus remuant des défenseurs judiciaires de la thèse fran-

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *L. c.*, II, p. 485.

caise dans l'affaire de la Caisse de la Dette, et en vue de détourner les représentants des puissances de donner leur adhésion finale à l'insertion dans le texte nouveau du membre de phrase visant les actes de gouvernement, prend naturellement les allures de raisonnement appropriées à son ton et à son esprit de polémique (1). Mais elle revêt plus de précision et de rigueur sous la plume de M. Péliissié du Rausas et arrive finalement à se réduire au syllogisme suivant : Toutes les lois égyptiennes restent par elles-mêmes démunies de valeur à l'égard des étrangers ; or, les actes de souveraineté ou de gouvernement sont des lois. Donc les actes de gouvernement de l'Etat égyptien ne peuvent avoir d'effets à l'encontre des ressortissants ou protégés de puissances étrangères qu'en vertu d'une autorisation de ces puissances.

304. Est-il vraiment besoin, au point où en sont parvenues nos recherches, de nous attarder à énumérer les vices

(1) BABLED, *Le renouvellement des pouvoirs des tribunaux égyptiens de la Réforme*, dans *Revue générale du droit international public*, VI, 1899, p. 354-357. M. Babled, pour contester le droit à l'existence de la notion de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence mixte d'Egypte, se place, non plus comme M. Péliissié du Rausas, sur le terrain de la *lex lata*, mais sur le terrain beaucoup plus propice de la *lex ferenda*. Il s'efforce, alors qu'il en était encore temps, d'empêcher l'adoption de cette doctrine par le législateur international, tandis que M. Péliissié du Rausas prétend, ce qui est beaucoup plus paradoxal, nous prouver que le décret du 26 mars 1900 n'a jamais eu l'intention de consacrer cette doctrine et n'a pu en faire mention que par mégarde. Si M. Babled affirme, lui aussi, que l'acte de gouvernement, aussi bien que l'acte de pure administration, ne peut devenir opposable aux étrangers que par la coopération ou l'adhésion des puissances dont ils relèvent, du moins prend-il soin de spécifier qu'il n'en est ainsi que quand l'acte en question est de nature à modifier ou à supprimer quelques-unes des garanties accordées par les Capitulations ou les accords internationaux postérieurs.

dé ce raisonnement? Ne voit-on pas que les deux propositions qui servent de prémisses sont aussi indéfendables l'une que l'autre et que, par conséquent, la conclusion à laquelle elles aboutissent, ne saurait présenter le moindre degré de solidité? Le titre I de notre livre III a été consacré tout entier à la démonstration de l'inexactitude de celle de ces propositions qui tient lieu de majeure et nous avons pu nous convaincre que le droit capitulaire ne consacre pas une immunité générale de législation s'étendant à tous les domaines actuels du droit, mais seulement l'immunité de législation civile et l'immunité de législation pénale et que si, par ailleurs, le contre-coup d'une série d'autres privilèges capitulaires vient rendre souvent difficile l'action administrative des pouvoirs publics égyptiens par rapport aux étrangers, on n'en saurait conclure, sans intervertir l'ordre naturel des choses, sans ériger l'exception en règle, à l'existence d'une immunité absolue de législation administrative. Il ne suffirait pas, dès lors, de démontrer que les actes de gouvernement ont, en réalité, tous les caractères de la loi, pour leur enlever par là même l'aptitude à s'appliquer aux étrangers en dehors de la coopération des puissances. Mais la mineure ne vaut pas mieux d'ailleurs que la majeure et c'est manifestement dénaturer la conception traditionnelle de l'acte de gouvernement que de prétendre la définir par référence à la notion de loi et comme l'une des variétés de cette notion. La doctrine administrative française, qui a fourni à l'Egypte l'idée première de l'acte de gouvernement, est amenée, sans doute, à se demander si l'acte législatif peut rentrer dans la catégorie plus générale de l'acte de gouvernement, ou si, tout au moins, il ne doit pas bénéficier du régime de soustraction à tout recours indemnitaire qui constitue la

prérogative de cette catégorie d'actes de la puissance publique. Mais il ne semble pas, en revanche, qu'elle se soit jamais posée la question inverse, celle de savoir si ce ne serait pas, au contraire, l'acte de gouvernement qui rentrerait dans l'espèce plus générale des actes législatifs(1). Et comment pourrait-il en être autrement? Les opérations d'ordre politique, les mesures de sécurité publique que l'on range d'ordinaire sous la rubrique actes de gouvernement, celles notamment, comme les faits de guerre, auxquelles nos tribunaux reconnaissent ce caractère, ne répondent à la définition de la loi, ni par le point de vue formel, puisqu'elles émanent des organes du pouvoir exécutif, ni par le point de vue matériel, parce qu'elles

(1) Les deux questions semblent bien, en effet, contradictoires et la résolution de l'une d'entre elles par l'affirmative paraît impliquer nécessairement l'admission de la négative en ce qui concerne l'autre. M. BLANCHARD, *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien*, dans *Revue générale du droit international public*, XX, 1913, ne se laisse pas cependant influencer par la crainte de cette contradiction. Après avoir déclaré à la page 439 que « l'acte de gouvernement est en quelque sorte une loi faite par le pouvoir exécutif », et que, en l'émettant, « celui-ci sort de ses attributions ordinaires pour prendre une disposition qui aura la même autorité que la loi », il examine aux pages 447 et 448, si la loi constituée elle-même un acte de gouvernement et conclut que les commissaires de 1898-1899 ont voulu la comprendre dans cette classe, à laquelle elle appartiendrait d'ailleurs naturellement. Mais nous ne concevons pas, pour notre part, par quels prodiges de subtilité ou pourrait bien arriver à faire jouer à l'acte législatif, par rapport au genre de mesures administratives catégorisé par l'étiquette acte de gouvernement, le double rôle de famille et de variété ou d'espèce, à le présenter simultanément comme le tout et comme la partie. — M. de HULTS, *Eléments d'un répertoire alphabétique du droit civil égyptien*, I, p. 356, montre d'ailleurs à quelles objections, particulièrement fortes en droit égyptien, se heurte l'affirmation très téméraire que les actes de gouvernement ne peuvent pas avoir plus de puissance que la loi.

ne présentent, à la différence des règlements d'administration publique, ni la généralité ni la permanence qui constituent les caractéristiques de la loi envisagée par le côté interne.

305. Mais à quoi bon insister sur ces considérations critiques? La théorie de M. Pélissié du Rausas n'est-elle pas suffisamment réfutée par la nature même de ses conclusions, par le seul fait qu'elle aboutit, non pas à interpréter, mais à supprimer la modification qui a été apportée en 1900, au début du paragraphe 2, dans le formulé primitif de l'article 11? Peut-on sans témérité, supposer, comme elle le fait, que, dans un texte qui n'a pas été rédigé avec cette hâte fébrile et cette absence de toute discussion contradictoire où l'on trouve l'explication toute naturelle des fréquents non-sens qui déparent nos codes mixtes, mais qui a formé, au contraire, l'objet de longs et de passionnés débats entre les délégués des Gouvernements anglais et égyptien et ceux des puissances, on ait cru devoir introduire une distinction -- nouvelle en tant que distinction législative -- avec la volonté de ne lui attacher aucune signification, et que l'on y ait mis en opposition deux catégories d'actes que l'on entendait traiter exactement de la même manière?

PARAGRAPHE II

Théorie de M. Blanchard

306. L'invraisemblance d'une telle hypothèse n'a point échappé à l'esprit, pourtant prévenu, de M. Georges Blanchard qui, dans sa récente étude sur *la théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte*

égyptien, où il reproduit d'habitude fort docilement les doctrines de son éminent directeur, fait mine un instant de vouloir se séparer de son guide ordinaire, en écrivant les lignes suivantes :

« ... Si l'on raisonne en bonne logique, on doit admettre que les commissaires ont voulu (dans les premiers mots du paragraphe 2 actuel) *renforcer la situation du Gouvernement envers les tribunaux de la Réforme*. C'est le Gouvernement qui demandait que l'on complétât l'article 11, pour éviter l'ingérence du pouvoir judiciaire dans les mesures qu'il prenait pour assurer la marche des services publics et, du moment que la Commission internationale a fait droit à sa demande, il faut bien reconnaître qu'elle a voulu faire quelque chose de sérieux et non rédiger un texte n'ajoutant rien à celui qui était antérieurement en vigueur » (1).

Dans ce préambule, M. Blanchard se montre, sans doute, un peu trop affirmatif, et se laisse entraîner par les séductions de la logique à s'écarter quelque peu de la vérité historique. Nous avons pu constater, en effet, en dépouillant les travaux préparatoires, que, si le Gouvernement a été poussé en 1897 à engager les pourparlers en vue de la réfection de l'article 11 par le désir d'obtenir le renforcement de ses moyens de défense contre l'ingérence des tribunaux mixtes dans les affaires administratives, ces aspirations ont été complètement déçues par l'orientation résolument conservatrice que la résistance de la majorité des puissances a imprimée dès le début à la marche des négociations. Et l'on ne peut guère être tenté

(1) BLANCHARD, *l. c.*, p. 438.

de prêter au législateur de 1900 des intentions novatrices, pour peu que l'on garde présent à la mémoire le passage, si caractéristique, du rapport de la sous-commission, où les rédacteurs de la formule, qui est devenue le texte actuel de l'article 11, proclament leur volonté de se borner à maintenir, en les précisant et en les fixant législativement, les solutions déjà prédominantes dans la pratique antérieure. Mais, si la proposition initiale de M. Blanchard est présentée sous une forme trop tranchante et contient, par là même, une large part d'exagération, elle n'est destinée probablement, dans la pensée de l'auteur, qu'à exprimer cette idée juste que les retouches faites en 1900 dans le dispositif de l'article 11 doivent, en général, avoir eu une raison d'être et qu'elles ont probablement tendu à y introduire des précisions qui ne figuraient pas dans le texte primitif. Aussi les conclusions qu'en tire M. Blanchard nous paraissent-elles fort judicieuses :

« Ceci posé, continue-t-il, qu'a fait la Commission? Elle a ajouté au texte de 1876, qui défendait aux tribunaux d'interpréter un acte d'administration ou d'en arrêter l'exécution, cet autre paragraphe : « Ils ne pourront connaître des actes de souveraineté, ni des mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique ». Or, une telle adjonction eût été parfaitement inutile et constituerait une simple superfétation si elle ne visait que les actes d'administration, envers lesquels l'incompétence des tribunaux de la Réforme était déjà nettement établie par le texte de 1876. Il eût suffi, en ce cas, de rappeler ces juridictions à l'observation de l'ancien article 11, sans qu'on eût besoin de changer ce texte. De ces considérations il résulte donc que la Commission de 1898-1899 a voulu

séparer les actes de souveraineté des actes d'administration et leur faire une place à part » (1).

307. Voilà des considérations fort logiquement déduites et auxquelles, en dépit de quelques passages où l'expression a sans doute trahi la pensée et qui, pour cette cause, mériteraient rectification, sont de nature à désarmer notre critique et forcer notre adhésion. Après ces déclarations de principe, l'auteur, semble-t-il, ne peut plus hésiter à se séparer, en ce qui concerne l'interprétation de notre paragraphe 2, de son chef de file et à reconnaître que les actes de gouvernement, émanant des autorités égyptiennes, à la différence des simples actes administratifs, sont placés hors de l'emprise de la compétence indemnitaire des tribunaux mixtes. Il n'en est rien pourtant. Et, après cette démonstration passagère d'indépendance, M. Blanchard retombe, pour n'en plus sortir, dans l'ornière tracée par M. Péliissié du Rausas. Reprenant l'assimilation établie par son devancier entre l'acte de gouvernement et la loi, il en tire à son tour les mêmes conclusions.

« Ici va jouer (en faveur des Européens) l'immunité législative et réglementaire dont ils ont le bénéfice. Leurs patries respectives ont accepté de les soumettre aux actes de souveraineté du Gouvernement égyptien, mais à la condition que celui-ci ait eu le droit de les faire; sans cette condition l'acte de souveraineté sera inexistant pour eux... Si le Gouvernement a outrepassé les pouvoirs qu'il tient des conventions internationales, son acte, qui peut être valable envers les indigènes, — dont la juridiction mixte n'a pas à s'occuper — *n'existe pas pour les*

(1) BLANCHARD, *l. c.*, p. 438.

étrangers; il est inopérant contre eux. Le Gouvernement a pris envers ceux-ci une simple mesure vexatoire et arbitraire, dont il doit réparer les conséquences » (1). Et plus loin : « Il va sans dire que pour les actes (de souveraineté) émanés du pouvoir exécutif, le Gouvernement n'a pas les mains plus libres envers les étrangers que pour les lois. *Il ne peut pas alléguer la raison d'Etat pour se permettre de prendre une mesure applicable aux étrangers, sans l'assentiment des puissances.* Ce n'est que dans le champ laissé à son activité exécutive par les accords avec les Etats étrangers que pourra intervenir l'acte de souveraineté; *même en matière d'acte de gouvernement il n'échappe donc pas au contrôle des puissances...* En Egypte, enfin, le contrôle des puissances joue un rôle analogue (à celui de la haute cour fédérale dans la Constitution américaine) : le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire du Gouvernement local envers les étrangers ne peuvent s'exercer qu'avec son assentiment et les actes de souveraineté, qu'ils émanent du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif du Khédive, n'ont d'action sur les non-indigènes que dans les limites qu'il a fixées... » (2). « Pour les étrangers leur condition est éminemment plus favorable (que celle des indigènes). A l'autorité du Khédive se superpose pour eux l'autorité des puissances... Tout acte de souveraineté, fait à l'encontre de ceux-ci par le Gouvernement hors des limites que lui ont assignées les conventions internationales, est inexistant et lorsque, dans une espèce déterminée, l'autorité khédiviale aura été condamnée par les juridictions mixtes à réparer le dommage qu'a causé à un étranger l'application d'une mesure à laquelle il n'était

(1) L. c., p. 444-445.

(2) L. c., p. 451.

pas soumis, elle devra obtenir l'assentiment des puissances, pour que son acte, revêtu désormais des sanctions nécessaires, ait effet à l'encontre des étrangers » (1).

308. Mais le régime que M. Blanchard nous décrit dans ces lignes comme destiné à s'appliquer, sous l'empire du nouvel article 11, aux actes de gouvernement, n'est-il pas précisément celui qui, d'après les théories générales de M. Pélissié du Rausas — théories auxquelles M. Blanchard souscrit — doit régir l'acte administratif ordinaire? Si. L'auteur le reconnaît loyalement dans les pages qui suivent et insiste sur ce point que, d'après lui, l'acte administratif, aussi bien que l'acte de gouvernement, est inattaquable par les étrangers dès qu'il a obtenu la coopération ou l'approbation de leurs Gouvernements, mais reste sans effet à leur égard tant qu'il n'a pas reçu la consécration internationale. « Reste, ajoute-t-il, la question de l'indemnité à laquelle le Gouvernement pourra être condamné si une mesure administrative lèse les droits acquis d'un étranger. Cette réparation est formellement admise par l'article 11 pour l'acte d'administration, alors qu'elle n'existe pas pour l'acte de souveraineté. *On pourrait être tenté de séparer sous ce rapport les deux espèces d'actes d'autorité* et de décider que l'acte d'administration, quelle que soit sa régularité, donnera toujours lieu au versement d'une indemnité, lorsqu'il touche à un droit précédemment acquis par un étranger, tandis que l'acte de souveraineté n'aura jamais cette conséquence. Une telle distinction semblerait à première vue conforme aux dispositions de l'article 11, dont le paragraphe relatif à l'acte d'adminis-

(1) *L. c.*, p. 453-454.

tration reconnaît formellement le droit à l'indemnité, alors que celui qui traite de l'acte de souveraineté est muet sur ce point; *elle constituerait cependant une erreur certaine*. Nous avons admis que l'acte de souveraineté n'est opposable à l'étranger qu'au cas où il intervient dans les limites de l'activité législative et exécutive que les accords internationaux réservent au Gouvernement égyptien envers les étrangers; mais que, s'il est fait dans ces conditions, il est légal et ne peut donner lieu à aucune réparation pécuniaire en faveur de la personne qu'il lèse, parce qu'il n'y a pas de droit acquis contre la loi. *Le même principe gouverne l'acte d'administration.....* Si l'acte d'administration rentre dans le domaine où le Gouvernement khédivial a le droit de faire des règlements applicables aux étrangers, ceux-ci ont le devoir de lui obéir et ne peuvent prétendre à aucun recours en indemnité, quel que soit le préjudice qui leur est causé..... Si, au contraire, l'acte d'administration vise un cas dans lequel les puissances n'ont pas remis au Gouvernement égyptien le pouvoir réglementaire sur leurs ressortissants, il n'a envers ces derniers aucune valeur..... Ainsi, *comme l'acte de souveraineté*, l'acte d'administration du Gouvernement khédivial ne saurait donner lieu à aucune indemnité en faveur de l'étranger qu'il lèse, s'il est fait dans les limites où les puissances ont concédé à ce Gouvernement le droit de prendre des mesures régissant leurs sujets » (1).

309. Voilà qui est clair : Après avoir cru pousser une pointe en dehors des doctrines de M. Pélassié du Rausas, nous nous retrouvons exactement au point où celui-ci

(1) *L. c.*, p. 455-456.

nous avait conduits. Après avoir bruyamment proclamé qu'il n'est pas logiquement concevable que les rédacteurs du nouvel article 11 n'aient pas entendu établir une différence de nature et d'effets entre les deux sortes d'actes qu'ils ont mis en parallèle, M. Blanchard va-t-il donc, après plus mûr examen, se résigner à conclure qu'il n'en existe cependant aucune? Non. — Mais, d'après lui, l'élément différentiel ne saurait consister dans le fait que les uns sont soustraits et les autres soumis à la juridiction indemnitaire des tribunaux mixtes. Il estime qu'il faut le trouver ailleurs, et il paraît avoir songé un instant à le chercher dans une sorte d'aptitude de l'acte de gouvernement à s'émanciper impunément du respect des formes de la légalité interne, qui lui resterait propre et ne saurait se communiquer au simple acte d'administration. Tellè est, du moins, l'idée qui semble un instant percer au travers de ces lignes : « Si cet acte (l'acte de souveraineté) est irrégulier en la forme, s'il est pris par une autorité incompétente, mais qu'il ait reçu les sanctions nécessaires pour être exécutoire envers les étrangers, ceux-ci devront lui obéir; *nous sommes, en effet, en présence d'un acte de souveraineté, et non d'un acte d'administration qui doit être régulier en la forme* » (1). Mais M. Blanchard semble avoir eu le pressentiment des difficultés insolubles auxquelles il allait se heurter en s'engageant sur un terrain aussi dangereux, et, renonçant dans la suite de son étude à revenir sur cette première tentative de différenciation, il s'aiguille finalement dans une tout autre direction.

(1) *L. c.*, p. 445.

« Il semble légitime, nous dit-il, de faire une différence entre les deux espèces d'actes d'autorité, *en ce qui concerne les cas douteux où le Gouvernement soutient que ses accords avec les Etats étrangers lui permettent de prendre une mesure réglementaire applicable aux non-indigènes* et où le particulier plaidant contre lui prétend, au contraire, ne relever à ce sujet que des autorités de sa patrie. *Pour les actes de souveraineté*, étant donnée leur importance, nous avons admis *que pareille interprétation ne pouvait venir que des puissances elles-mêmes*; elles ont tracé les limites de l'activité législative et exécutive du Gouvernement égyptien envers les étrangers; à elles de dire si un acte de souveraineté fait par lui est en deçà ou delà de ces frontières. *Mais, pour les actes d'administration, semblable règle ne doit pas être maintenue*; ils ont une importance bien moindre; ils sont beaucoup plus fréquents; et comme ce serait arrêter sans cesse la marche des affaires judiciaires que de demander à propos de chaque cas douteux l'appréciation des puissances, il faut approuver la pratique des tribunaux de la Réforme de décider par eux-mêmes de la régularité de ces actes du Gouvernement égyptien envers les étrangers » (1).

310. Nous voici donc enfin en présence d'une proposition ferme de M. Blanchard en ce qui concerne l'interprétation à donner au début du paragraphe 2 de notre article. La mention qui y est faite de l'acte de souveraineté n'aurait eu d'autre but que de déférer à des juridictions différentes, pour les deux sortes d'actes d'autorité, la compétence à fin de trancher les contestations s'élevant entre le Gouvernement égyptien et les ressortissants étrangers sur le

(1) *L. c.*, p. 456-457.

point de savoir si les actes en question ont été pris à l'intérieur ou en dehors du cercle d'activité administrative concédé à l'Etat égyptien par les conventions internationales et si, à ce titre, ils sont ou non opposables aux étrangers. L'aptitude à solutionner cette catégorie particulière de déclinatoires d'incompétence, abandonnée aux tribunaux mixtes pour les simples actes d'administration, aurait été réservée par le législateur de 1900 au concert des puissances en ce qui concerne les actes de gouvernement. Où donc M. Blanchard a-t-il pu trouver le germe de cette distinction? Ce n'est pas, semble-t-il, dans le texte du décret du 26 mars 1900. Même en lisant entre les lignes, à moins de recourir à l'interprétation ésotérique, il est impossible de l'en faire sortir (1). Elle serait due seulement à la réaction exercée sur le dispositif de notre article par l'incidence de principes supérieurs et préexistants. Principes que l'auteur résume ainsi :

« Dans les cas douteux, dans ceux où les conventions n'ont rien dit et ne sont pas claires, à qui appartiendra-t-il de décider s'il y a ou s'il n'y a pas eu acte de souveraineté? Ainsi, supposons que le Gouvernement khédivial veuille appliquer à un étranger une disposition relative à une matière pour laquelle il prétend qu'une autorisation générale de légiférer lui a été donnée par les traités internationaux, tandis que son contradicteur devant la juridiction mixte déclare qu'une autorisation spéciale des puissances est nécessaire. Qui tranchera le litige? A notre avis, ce ne peut être le tribunal saisi, parce que, pour arriver

(1) Nous ne saurions considérer comme un argument de texte le jeu de mots auquel se livre l'auteur, p. 452, en entremêlant le sens technique et l'un des nombreux sens usuels de l'expression *connaître*.

à une solution, il lui faudrait scruter les intentions du législateur, interpréter l'acte, *en connaître*, ce qu'il ne doit pas faire du moment où il s'agit d'un acte de souveraineté. *Le seul procédé logique sera donc d'en référer aux puissances elles-mêmes : elles ont passé avec le Gouvernement égyptien la convention où celui-ci prétend puiser le droit de prendre la mesure en question ; à elles de l'interpréter ; car elles seules peuvent savoir exactement la dose de liberté qu'elles ont voulu lui laisser à ce sujet »* (1).

344. M. Blanchard craint donc que, même dans le cas où les tribunaux mixtes se refusent à examiner, au point de vue des recours indemnitaires, une mesure prise par les autorités égyptiennes, pour le motif qu'elle constitue un acte de gouvernement, on ne puisse cependant les accuser d'en avoir connu, parce qu'il leur a fallu rechercher, si on les laisse juges de l'exception d'incompétence, à quelle classe d'opérations administratives ou gouvernementales appartient la mesure en question, pour pouvoir motiver leur refus d'en prendre connaissance au fond. Ce sont là scrupules qui ne peuvent guère nous toucher, parce que inspirés par des considérations purement verbales, et qui ne doivent point détourner notre attention des périls réels que peut faire courir au pouvoir exécutif, en ce qui concerne l'ingérence possible de l'autorité judiciaire dans la sphère réservée à l'activité incontrôlée des administrations, le système de réglementation des rapports respectifs des deux sortes d'autorités établi par l'article 11.

Ces périls effectifs tiennent à ce que les tribunaux mixtes, par là même qu'ils sont seuls juges de leur

(1) *L. c.*, p. 452-453.

propre compétence, peuvent se laisser entraîner, à des heures de crise politique comme celle qu'évoque l'affaire de la Caisse de la Dette, à retenir en fait la connaissance d'actes de souveraineté, en se refusant à leur reconnaître cette qualité. Mais ces dangers, très réels, ne pouvaient point préoccuper M. Blanchard, puisqu'ils n'apparaissent qu'avec l'interprétation de l'article 11 à laquelle nous nous rangeons à la suite de la jurisprudence, puisqu'ils ne sont plus à craindre dans l'interprétation que l'auteur emprunte à M. Péliissié du Rausas et qui, soumettant au même traitement les actes de gouvernement et les actes d'administration en ce qui concerne la compétence au fond, ne laisse plus aucun intérêt à détourner un acte déterminé de l'une de ces catégories pour le faire passer dans l'autre. Était-ce bien la peine d'édifier une construction aussi compliquée que celle que nous venons d'analyser, pour obtenir ce résultat minime : éviter que, par le moyen d'une argumentation qui tient beaucoup plus du calembour que du raisonnement critique, on ne puisse reprocher aux tribunaux mixtes d'enfreindre la défense de connaître des actes de gouvernement toutes les fois qu'ils seraient amenés, dans les considérants de leurs jugements, à développer les raisons pour lesquelles ils entendent ne pas connaître desdits actes ? C'est dans l'interprétation générale que nous donnons de l'article 11, et non pas dans celle que préconise l'école de M. Péliissié du Rausas, que l'utilité de pareille construction se ferait réellement sentir. Cependant nous n'éprouvons pas la tentation de nous approprier sur ce point les conclusions originales, trop originales même, de M. Blanchard, et cela pour une double raison.

312. La première est tirée de l'impossibilité de leur donner une base légale dans l'état actuel du droit positif de l'Égypte. On chercherait vainement, dans les monuments du droit capitulaire ou dans ceux de notre législation mixte, un texte quelconque qui pût être interprété comme enlevant aux juridictions de la Réforme l'aptitude à statuer sur les déclinatoires d'incompétence proposés devant elles du chef de la théorie de l'acte de gouvernement. Et fût-il démontré — ce qui ne l'est pas, c'est la solution inverse qui ressort, nous le verrons, des travaux préparatoires du décret du 26 mars 1900 — que les tribunaux mixtes soient incompétents pour juger ces déclinatoires, qu'il n'en résulterait nullement, qu'il faille réserver compétence pour les résoudre au concert des puissances étrangères. Si M. Blanchard en arrive à ériger le concert des puissances en une sorte de juridiction supérieure, investie de la mission de fixer les limites de la compétence administrative des tribunaux mixtes, non plus seulement abstraitement, par la voie législative ou réglementaire, mais aussi concrètement, par la voie juridictionnelle et à l'occasion de procès pendants, c'est parce qu'il s'inspire de la conception plus que discutable de la condition internationale de l'Égypte que nous avons vu développer par M. Pélassié du Rausas et qui constitue la source de toutes celles des doctrines de cet auteur que nous avons dû jusqu'ici combattre; c'est parce qu'il est persuadé, lui aussi, que l'Etat égyptien est, au point de vue du droit international, démuné de toute capacité propre et initiale; que, dans ses rapports avec les ressortissants et protégés d'Etats étrangers, il est normalement réduit à la situation d'une personne morale de droit privé et ne peut participer aux prérogatives de la puissance publique qu'à titre

exceptionnel, en vertu d'une sorte de délégation des puissances tutrices et dans la mesure où ces attributions lui ont été conférées par des conventions ou des usages internationaux; c'est parce qu'il se représente la situation de l'Etat égyptien, à l'intérieur de la communauté internationale, et par rapport au corps des puissances bénéficiaires des Capitulations, sur le modèle de celle qu'occupent, à l'intérieur d'un Etat déterminé, les établissements publics ou d'utilité publique qui, devant leur existence juridique à la souveraineté nationale, reçoivent d'elle, en même temps que leur statut, la détermination de leurs pouvoirs et de leur cercle de libre activité. Or, nous avons pu nous convaincre que cette conception est le résultat de méprises certaines, qu'elle s'explique par un phénomène de mirage qui, par suite de la multiplicité des entraves apportées par les privilèges capitulaires au jeu régulier de la souveraineté égyptienne, donne à celui qui observe les choses à distance et superficiellement l'illusion d'une disparition de cette souveraineté elle-même. Et, par conséquent, la faculté pour l'Etat égyptien, de prendre, même à l'égard des étrangers, des mesures rentrant dans la catégorie des actes de gouvernement constitue la règle, et non pas l'exception, et il n'est pas exact de dire que, cette faculté n'existant qu'en vertu de concessions expresses ou tacites des puissances, c'est à ces dernières qu'il incombe, en cas de doute, d'indiquer, en vue de l'application judiciaire concrète, les limites qu'elles ont entendu assigner à chacune de ces concessions.

313. Les limitations de fait que subit l'exercice de la souveraineté de l'Etat égyptien résultent toutes soit de traités, soit d'usages internationaux; les difficultés que peut soulever la détermination de leur étendue constituent

donc des questions d'interprétation contractuelle. M. Blanchard le proclame hautement et c'est même l'un de ses arguments. Mais où donc a-t-il vu que l'interprétation donnée par l'une des parties ou par l'un des groupes de parties puisse dicter la loi à l'autre? Oublie-t-il donc que, dans le domaine des relations internationales, aussi bien que dans celui des relations privées, les commentaires donnés par les cocontractants aux déclarations de volonté antérieurement échangées n'ont de force probante qu'à la condition de ne pas rester unilatéraux ou divergents; qu'il en est d'eux comme du contrat lui-même qui puise son autorité dans l'accord des parties. Admettons même qu'il soit nécessaire de substituer pour la mise en œuvre de ces textes contractuels, à l'interprétation judiciaire émise par les juridictions d'ordre international que sont les tribunaux mixtes, une interprétation directement demandée aux auteurs ou aux signataires desdits textes. Sera-ce une raison suffisante pour ne comprendre dans cette consultation, comme le veut l'auteur, que l'une des puissances contractantes, et en exclure l'autre, l'Etat égyptien? Non. Et, pour donner à sa thèse, à défaut de l'apparence de la légalité, une allure de correction logique, il faudrait tout au moins la rectifier en substituant au concert des puissances l'accord du Gouvernement égyptien et des Gouvernements étrangers comme organe de jugement des déclinatoires d'incompétence introduits devant les tribunaux mixtes à l'occasion de mesures administratives auxquelles est contesté le caractère d'actes de gouvernement.

314. Il y a d'ailleurs une seconde raison qui à elle seule suffirait à nous faire rejeter sans hésitations cette thèse. C'est qu'elle aboutit à des résultats, non pas seulement

indésirables, mais d'une étrangeté vraiment déconcertante. Nous ne pouvons croire que M. Blanchard les ait sérieusement envisagés et pesés. Ils l'auraient sans doute fait reculer. Ainsi donc, quand la juridiction mixte serait saisie par l'un de ses justiciables d'un recours en indemnité, à raison d'une mesure des autorités locales qualifiée par lui acte administratif, et que les représentants de l'Etat égyptien répliqueraient dans leurs conclusions qu'il s'agit, en réalité, d'un acte de gouvernement et opposeraient de ce chef l'exception d'incompétence — ce qu'ils ne manqueraient pas de faire toutes les fois que le procès présenterait, soit par sa nature, soit par l'étendue de l'intérêt en litige, une réelle importance — le tribunal devrait se dessaisir et attendre patiemment, pour remettre l'affaire au rôle, l'heure lointaine — en supposant, même qu'elle doive un jour sonner — où toutes les puissances européennes auraient achevé d'examiner la valeur de l'exception dilatoire ainsi soulevée. Et comment la partie désireuse d'éviter que l'ajournement *sine die* se transformât en enterrement — et qui d'ordinaire serait l'étranger agissant en indemnité — pourrait-elle arriver, même à force de temps et d'argent, à arracher au concert des puissances le verdict nécessaire à la reprise de l'affaire?

Faudra-t-il qu'elle aille successivement plaider sa cause devant toutes les chancelleries occidentales contradictoirement avec le Gouvernement égyptien et suffirait-il qu'elle se heurte à l'inertie ou à l'indifférence de l'une de ces chancelleries pour perdre toute chance d'arriver à faire jamais juger sa demande? En formulant ces propositions, M. Blanchard n'a dû en envisager l'application pratique qu'en ce qui concerne l'espèce particulière à l'occasion de laquelle il a été amené à étudier le fonction-

nement de la théorie de l'acte de gouvernement en Egypte, c'est-à-dire le bruyant procès de la société des Oasis d'Héliopolis. Certes, la société d'Héliopolis a démontré dans cette affaire combien variées et efficaces sont les ressources dont disposeraient pour lutter, au cours de pareilles trac-tations, même contre un Gouvernement, des particuliers pouvant s'appuyer sur la force du capital accumulé. Elle a pu, comme le relevait avec une pointe d'humour l'un des avocats de l'Etat égyptien, M. le Conseiller khédivial Grandmoulin, dans sa plaidoirie devant la Cour d'Appel d'Alexandrie, ouvrir un véritable concours juridique inter-national sur la question du paiement de l'impôt à Héliopolis, grouper pour la défense de ses intérêts, les plus hautes autorités de France et de Belgique, bâtonniers, membres de l'Institut, ministre d'Etat, président du Sénat, toutes les sommités de la politique et du barreau et confier le soin de prendre la parole en son nom devant les tribu-naux aux plus célèbres avocats politiques d'Europe, à M. Millerand, au baron Descamps, à M. Edmond Picard (1). Peut-être, en effet, si les tribunaux mixtes s'étaient récusés en présence de l'exception d'incompétence opposée dans l'espèce par le Gouvernement et en avaient renvoyé l'exa-men aux puissances, la société d'Héliopolis eût-elle été capable, ayant derrière elle cette puissance financière de premier ordre qu'est M. le baron Empain, de forcer la porte de toutes les chancelleries européennes et de les amener à exprimer sur son affaire un jugement commun. Mais compte-t-on beaucoup de particuliers qui présentent,

(1) *Cour d'Appel mixte. Conclusions pour le Gouvernement égyptien contre The Cairo Electric Railway Heliopolis Oasis Cy.* Imprimerie de la Société A. E. de publicité. Alexandrie (sans indication de date), p. 50.

comme le baron Empain, la solidité de reins nécessaire pour mener à bien pareil travail d'Hercule?

315. Supposons même un instant que le Gouvernement égyptien, oubliant les scrupules que doit lui inspirer le souci de défendre sa dignité et son indépendance, consente à solliciter en commun avec son adversaire le jugement des puissances sur son déclinatoire d'incompétence. Comment faire pour l'obtenir? Faudra-t-il donc convoquer une conférence internationale chaque fois qu'un différend de ce genre viendra à surgir en Egypte? Va-t-on confier le jugement de ces contestations préliminaires à des juridictions improvisées et renouvelées pour chaque affaire, dont la composition resterait fort voisine, en ce qui concerne la représentation des nationalités parmi leur personnel, de celle des tribunaux mixtes, mais qui se différencieraient surtout des juridictions de droit commun par le fait que leurs membres seraient recrutés parmi les diplomates de carrière, et non parmi les spécialistes de la science du droit et ne possèderaient, par conséquent, ni la formation professionnelle du magistrat, ni la connaissance des institutions légales du pays? La procédure de discussion internationale que M. Blanchard voudrait introduire chez nous pour l'expédition des affaires judiciaires administratives ou, tout au moins, d'une partie de ces affaires, n'est point pour nous une inconnue. Nous avons pu la voir à l'épreuve sur un terrain qui lui était pourtant beaucoup moins défavorable, pendant les trop longues années où elle est restée l'instrument nécessaire de toute modification aux Codes mixtes. La description en a souvent été faite, en des termes saisissants, mais peu flatteurs, dans les rapports annuels de l'agent et consul général d'Angleterre en Egypte, et nul n'ignore

qu'elle a eu pour effet principal d'entraîner l'ajournement indéfini de la plupart des réformes dont l'épreuve de l'expérience avait fait ressortir la nécessité dès les premières années de la mise en application de nos codes. C'est au moment où le décret international du 11 novembre 1911 vient enfin de nous libérer de l'action paralysante de cette procédure dans le domaine de la législation courante que l'on propose, par une étrange intervention des temps, de la transporter dans le domaine judiciaire. Le *référé législatif*, sous la forme d'appel à l'interprétation du législateur national, dont la France a tenté l'essai au début du XIX^e siècle, a donné des résultats qui en ont entraîné l'abandon définitif (1). Et pourtant les lenteurs qu'on lui a reprochées étaient relativement tolérables par comparaison avec celles qu'entraînerait le système de *référé législatif* international, dont M. Blanchard rêve de doter l'Égypte. Ce système aboutirait pratiquement à fermer au commun des justiciables, en ce qui concerne les affaires qui y seraient soumises, l'accès effectif du prétoire des tribunaux mixtes et serait, dès lors, de nature à faire regretter aux Européens eux-mêmes les institutions juridictionnelles d'avant la Réforme (2).

(1) GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 76-77.

(2) M. Brunyate, dans une note annexée au *Blue Book* de 1904, édition française, p. 127, définit en termes très mesurés les résultats, vraiment décourageants, donnés par l'emploi de cette méthode de développement législatif qui, pour la réalisation de la moindre réforme de détail dans l'administration intérieure du pays, exigeait « l'approbation de toutes les capitales depuis Saint-Petersbourg jusqu'à Washington, et depuis Madrid jusqu'à Copenhague ». Les mêmes constatations sont reprises par lord Cromer, soit dans le *Rapport* de 1905 (édition française, p. 2), où il écrit : « J'ai la conviction qu'on chercherait vainement dans l'histoire de ces pays (pays à régime parlementaire) des difficultés comparables à celles que l'on rencontre en Égypte pour la confection

PARAGRAPHE III

Nature et portée de la Distinction des deux sortes d'Actes d'autorité

316. Les diverses explications qui ont été données aux premiers mots du paragraphe 2 du nouvel article 11 dans le but de leur enlever leur portée apparente sont, on le voit, aussi fragiles les unes que les autres et trouvent

des lois », soit dans le *Rapport* de 1906 (édition française, p. 14), où il déclare que « le procédé est si pénible et si hérissé de difficultés » que, même en face de réformes juridiques urgentes à réaliser, le Gouvernement égyptien, après avoir saisi les puissances, « abandonne le plus souvent les négociations en désespoir d'arriver jamais à un résultat pratique » et que ce système « réduit l'Égypte à un état d'impotence législative ». Son successeur développe le même thème dans le *Blue Book* de 1909, p. 39. « Il a été fréquemment signalé, rappelle-t-il, par mon prédécesseur et par moi-même que le système actuel sous l'empire duquel aucune loi importante ne peut être rendue applicable aux Européens résidant en Égypte sans le consentement de quinze puissances différentes a réduit l'Égypte à un état d'impuissance législative ». Le membre de phrase final que nous venons de souligner constitue, on le voit, une formule consacrée qui, pendant longtemps, s'est transmise d'année en année dans la partie du rapport de l'Agent et Consul général d'Angleterre relative aux Capitulations et à la législation mixte. Et sir Eldon Gorst, après avoir rappelé le projet de modification de l'article 12 du Code civil mixte alors soumis à l'examen des puissances, signale l'extrême urgence de mesures de réaction contre *the existing unworkable system of legislating for Europeans*. Au lendemain de la promulgation de la loi du 11 novembre 1911, lord Kitchener reproduit, en se les appropriant, dans son rapport pour 1911, p. 43, les appréciations portées par un de ses principaux collaborateurs sur le mécanisme législatif introduit par le nouvel article 12 C. c. m. et, tout en constatant qu'il ne fournit pas une solution radicale aux difficultés existantes et en lui adressant diverses critiques, il le regarde cependant comme un palliatif plus ou moins satisfaisant à l'impuissance législative dont ce pays a si longtemps souffert ». Enfin le rapport du Conseiller judiciaire pour l'année 1912 (Supplément au *Journal officiel*, n° 49 du mercredi 30 avril 1913, p. 32) se clôt sur cette constatation que, si le rouage créé par l'article 12 ne constitue pas encore l'organisme législatif idéal, « il réalise néanmoins un progrès considérable sur l'ancien système impraticable de légiférer par des négociations diplomatiques avec quinze puissances différentes ».

également une réfutation décisive dans le seul énoncé de leurs conséquences immédiates. Il faut donc se résigner à prendre les mots dans leur sens naturel et littéral, et reconnaître qu'ils tendent à conférer droit de cité, dans la législation mixte égyptienne, à la distinction que la pratique du Conseil d'Etat et la majorité de la doctrine administrative avaient déjà établie depuis longtemps en France, au point de vue de la soumission à la compétence administrative des tribunaux, entre l'acte de gouvernement et l'acte ordinaire d'autorité. Et ce n'est pas uniquement pour des raisons négatives, et par voie d'élimination, que nous arrivons à cette conclusion que M. de Hults a déjà défendue avant nous, tout en ne l'appuyant que sur un appareil de preuves trop sommaire, dans son *Répertoire alphabétique de droit civil égyptien* (1). Elle est, en effet, imposée par la combinaison des précédents et des travaux préparatoires de la nouvelle rédaction de l'article 11 et peut seule se concilier avec les applications que ce texte a reçues depuis 1900 dans la pratique judiciaire.

317. N'oublions pas que la question de l'existence de l'acte de gouvernement au sens français du mot, n'a fait son apparition première dans notre droit, ni en 1900, ni même en 1897. Elle s'est posée dès les premières années de fonctionnement de la Réforme judiciaire. Et la jurisprudence de nos tribunaux mixtes semble n'avoir jamais beaucoup hésité à se prononcer pour l'affirmative, tout en restreignant le plus possible le cercle d'opération effective du principe théoriquement proclamé. Sans vouloir remonter aux précédents invoqués du côté égyptien et anglais

(1) Tome I, p. 355. V^o *Compétence*, § III.

dans l'affaire de la Caisse de la Dette — et notamment au fameux arrêt Sursook, du 22 avril 1880 (1) — qui donnaient à la notion de l'acte de gouvernement plus d'extension qu'elle n'en conserve à l'heure présente et qui se rattachent peut-être à des coups de sonde lancés par la jurisprudence dans des directions qu'elle n'a pas toujours depuis reconnues bonnes, il nous suffira — pour préciser quel était à cet égard l'état de notre pratique judiciaire, au moment même où allaient surgir les démêlés politico-juridiques suscités par l'expédition du Dongola et par la résolution financière du 26 mars 1896 — de rappeler l'arrêt rendu par la Cour d'Appel d'Alexandrie, à la date du 11 mars 1896, dans l'affaire Paul Friedmann contre le Gouvernement égyptien. Il s'agissait, dans l'espèce, des réclamations d'un trafiquant étranger qui, après s'être muni d'un sauf-conduit et de lettres de recommandation du Gouvernement égyptien, avait tenté de créer, sur les bords de la mer Rouge, dans le district de Madian, alors sous la domination khédiviale, en même temps qu'une colonie israélite, divers établissements industriels et qui, ayant échoué dans ses entreprises et en attribuant l'insuccès final à l'état de désordre et d'insécurité que la cession du territoire de Madian, consentie peu de temps après son établissement, à la Sublime-Porte, avait créé dans cette région, se retournait contre le Gouvernement égyptien pour obtenir réparation de préjudices qu'il prétendait être des conséquences directes de cette cession de territoire. Quoique la Cour pût invoquer d'autres motifs pour rejeter ces prétentions, et qu'elle constatât notamment que le demandeur ne pouvait justifier de l'existence à son profit de droits acquis

(1) *Recueil officiel des arrêts de la Cour d'Appel d'Alexandrie*, V. p. 225.

dans la jouissance desquels il eût été lésé, l'arrêt prend soin de proclamer, dans un considérant d'une rare précision de forme, que l'acte de gouvernement échappe par lui-même à toute critique par la voie judiciaire. « Attendu... y lisons-nous, qu'il est de doctrine que la cession d'une partie du territoire à une puissance étrangère, soit volontaire, soit forcée, constitue un acte de souveraineté du pouvoir politique qui n'est soumis ni au contrôle ni à l'appréciation des tribunaux et *ne peut donner ouverture à aucune action civile* » (1). Nous avons constaté que, dans son retentissant jugement du 8 juin 1896, le tribunal mixte du Caire avait à son tour rendu hommage, quoique indirectement, au principe que nous trouvons ici rappelé, en s'efforçant de démontrer que la décision, rendue par les commissaires de la Caisse de la Dette à la date du 26 mars précédent, ne rentrait pas dans la catégorie des actes de gouvernement, et que l'arrêt de la Cour du 2 décembre de la même année, tout en évitant de se prononcer sur la valeur de cette catégorie d'actes, s'était du moins gardé d'en nier l'existence.

318. Il n'est donc pas douteux que, pendant la période qui précède les négociations de 1897-1900, le courant le plus général de la jurisprudence ne se soit dessiné dans un sens favorable à l'admission de principe — sinon au développement par l'application — de la distinction française des actes d'autorité et des actes de gouvernement. Et cette constatation apparaît vraiment décisive pour peu qu'on se rappelle avec quelle énergie la sous-commission de 1898 a affirmé — sans être aucunement désavouée sur ce point par la Commission plénière — sa résolution de

(1) *B. L. J.*, VIII, p. 155.

n'introduire aucune innovation de fond dans le texte nouveau et de refléter aussi fidèlement que possible dans son travail de revision technique et rédactionnelle l'esprit de la jurisprudence antérieure. N'oublions pas, en outre, que la mention de l'acte de gouvernement qui ne figurait pas dans le projet de Boutros Pacha, parce qu'elle se trouvait englobée dans une formule de nature à couvrir en fait de la protection de l'irresponsabilité tous les actes d'autorité, et que la proposition Vercamer passait également sous silence pour des raisons opposées, n'a été introduite dans le texte actuel que par le projet de la sous-commission, et que cette dernière a pris soin de spécifier, dans son rapport, qu'en consentant cette addition, elle a voulu « énoncer formellement un principe *incontesté* qui se trouve déjà implicitement contenu dans l'ancien article du règlement ». N'est-ce pas assez dire qu'elle a entendu s'approprier la distinction de l'acte d'autorité et de l'acte de gouvernement avec la signification que lui assignent les précédents de la doctrine française et les précédents de la pratique égyptienne?

319. La jurisprudence des tribunaux de la Réforme ne s'y est pas trompée et elle ne s'est point laissée détourner des directions ainsi tracées dans la suite de ses développements ultérieurs. La preuve nous en est fournie notamment par le jugement rendu à la suite de retentissants débats, à la date du 11 avril 1910, par le tribunal mixte du Caire. Deux entrepreneurs étrangers, MM. Bencini et Quistas, chargés par le Gouvernement du Soudan de l'exécution de travaux publics à Port-Soudan et se trouvant en contestation pour le règlement de leurs marchés avec les autorités administratives du pays, s'adressaient, pour obtenir la liquidation de leurs comptes et le paie-

ment de leur solde, au Gouvernement égyptien, en même temps qu'au Gouvernement soudanien et, se prévalant de la jurisprudence de la Cour d'Appel d'Alexandrie qui, sous le régime antérieur à 1899, avait proclamé que le Soudan égyptien rentrait dans la circonscription territoriale du tribunal mixte du Caire, citaient les deux Gouvernements conjointement et solidairement devant ledit tribunal. Le Gouvernement égyptien plaidait l'irresponsabilité en faisant valoir que la convention du 19 janvier 1899 avait érigé le Soudan en Etat soumis au condominium de la Grande-Bretagne et de l'Egypte, mais jouissant désormais d'une existence propre et devant, par conséquent, répondre seul des obligations contractées par lui sans l'intervention de l'Etat égyptien. Il déclinait, en outre, la compétence de la jurisprudence mixte, parce qu'en supposant même que cette juridiction se fût réellement, comme l'affirmaient les arrêts de la Cour d'Appel d'Alexandrie, étendue avant 1899 aux territoires soudanais, elle avait cessé de pouvoir s'exercer dans ces régions en vertu de la convention anglo-égyptienne de 1899, dont l'article 8 stipulait formellement que le Soudan échapperait à la juridiction mixte. Les entrepreneurs s'inspirant des doctrines que nous avons vu développer par M. Pélassié du Rausas, répliquaient que la convention de 1899 ne leur était pas opposable, faute d'avoir reçu l'approbation de leurs Gouvernements, et qu'elle n'avait pu, dès lors, leur retirer le droit qui leur appartenait, en vertu de la situation internationale antérieure du Soudan, de considérer les administrations soudanaises comme des branches de l'administration égyptienne et de saisir de leurs différends les juridictions de la Réforme. Le jugement du 11 avril 1911 écarte cette

réplique et réfute les prétentions des demandeurs par les motifs suivants :

« Attendu qu'il est donc manifeste que la convention dont il s'agit est *un acte de souveraineté*, émanant non seulement du pouvoir souverain de l'Egypte, mais encore de celui de la Grande-Bretagne; — Attendu que la convention tombe donc sous l'application de l'article 11, alinéa 2, du règlement d'organisation judiciaire qui est ainsi conçu : « les tribunaux ne pourront connaître des actes de souveraineté... »; — Attendu qu'il semble donc difficile de suivre les demandeurs sur le terrain qu'ils ont abordé en prétendant que les tribunaux mixtes ne pouvaient appliquer dans l'exercice de leurs fonctions à l'encontre des étrangers que des lois qui ont été approuvées et sanctionnées par les puissances; — Attendu, il est vrai, que, si cette thèse est exacte s'il s'agit de modifications dans les dispositions des codes présentés et acceptés par les puissances qui ont adhéré à la Réforme, il n'en est pas ainsi dans l'espèce où une *question purement politique* a été réglée entre les deux puissances qui ont concouru à la reconquête du Soudan; — Attendu que, cela étant, on doit admettre que seules les puissances intéressées, soit les puissances qui ont adhéré à la Réforme, soit la Sublime-Porte comme Etat suzerain, ont qualité pour critiquer, accepter ou refuser la convention....; — Attendu, dès lors, qu'étant donné que la convention exclut la juridiction mixte au Soudan, il faut dire, qu'en l'état actuel des choses, d'une part, la juridiction mixte ne peut pas proclamer sa compétence pour juger un procès mixte qui a pris naissance au Soudan, et, d'autre part, vu que le Soudan est un Etat indépendant de

l'Egypte, le Gouvernement égyptien n'a rien à voir dans le présent litige... » (1).

320. Les réclamations d'indemnité provoquées par les mesures de police et de sécurité militaire prises avant le 19 janvier 1899, par le commandant en chef, au cours de la campagne de réoccupation du Soudan ont fourni aussi l'occasion à la Cour d'appel d'Alexandrie de s'inspirer à plusieurs reprises, depuis 1900, de la même conception générale de l'acte de gouvernement, quoique peut-être avec un peu moins de fermeté et de précision, parce que la mise en œuvre de cette conception se ressent quelque peu, en ce qui concerne l'application aux faits de guerre, du voisinage et de la concurrence de la théorie de l'exonération de responsabilité pour cause de force majeure et parce que des considérations d'équité ont parfois amené la Cour, tout en proclamant le principe, à en tempérer la rigueur. Nous signalerons comme particulièrement caractéristique de la complexité de tendances de la jurisprudence en cette matière l'arrêt de la Cour du 31 janvier 1901, qui statue sur une action en indemnité introduite contre le Gouvernement égyptien par un étranger qui se plaignait de préjudices subis par suite du retrait d'un permis de circulation, avec ordre de quitter les lieux où il commerçait, intervenu à son encontre au cours d'opérations militaires, à une époque où le Soudan faisait encore partie intégrante de l'Egypte.

« Attendu, lisons-nous, dans cet arrêt, qu'il ne saurait être sérieusement contesté qu'à l'époque où se sont

(1) *B. L. J.*, XXIII, p. 15 et 16. Cf. Arrêt de la Cour d'Appel indigène du 28 mai 1901 dans *Bulletin officiel des tribunaux indigènes*, III, n° 3, et Tribunal d'Appel du Caire, 11 mars 1908, *B. O. I.*, n° 12.

passés les faits dont se plaint Guido Lévi, le Soudan se trouvait encore placé sous un régime exceptionnel et militaire, imposé par des événements de guerre; — Que ces événements comportaient pour les autorités le droit et le devoir de prendre dans l'intérêt national toutes les mesures jugées nécessaires pour le succès des opérations, la conservation des avantages obtenus, la sécurité de l'occupation et l'ordre public; — Que ces mesures, de la nécessité et de l'opportunité desquelles les autorités étaient, durant cette période, les seuls juges, n'avaient d'autre limite que l'intérêt général; qu'elles ne sauraient donc être discutées par les particuliers ni contrôlées par les tribunaux; mais que les sacrifices qu'elles ont pu imposer aux particuliers donnent en principe ouverture, *non pas à des dommages-intérêts, sous prétexte d'erreurs, d'arbitraire ou d'abus, mais à une équitable indemnité*; — Qu'en effet, si les particuliers ne peuvent s'autoriser de pertes ou de sacrifices nés des conséquences directes de la guerre, *et par conséquent de la force majeure*, pour réclamer des indemnités, il n'en est plus de même lorsque ces sacrifices sont la conséquence de *mesures purement préventives*, inspirées par des calculs de prévoyance et de prudence; — *Qu'il s'agit alors d'une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique qui donne toujours ouverture à un droit d'indemnité*;... Attendu qu'il est formellement articulé par Lévi qu'en l'obligeant à interrompre brusquement son commerce... on lui a imposé un très onéreux sacrifice; — Que ce sacrifice, ainsi qu'il a été dit, doit être tenu pour imposé dans un intérêt général; mais que, s'il est justifié qu'il a été la cause de pertes réelles, ces pertes ne peuvent équitablement rester sans dédommagement; — Attendu que, par les motifs ci-dessus déduits, excluant

ceux des premiers juges quant au caractère du dédommagement dû, il convient donc de confirmer la décision attaquée en ce qui concerne la compétence du tribunal saisi de la demande, et le renvoi du demandeur à libeller et préciser les pertes qu'il allègue, *mais en spécifiant toutefois qu'il s'agit d'une équitable indemnité, et non pas de dédommagements encourus pour des actes d'arbitraire ou d'abus*; — ... dit que le dédommagement réclamé pour les pertes alléguées et à vérifier consistera *non pas en dommages-intérêts pour abus de pouvoirs, mais en une suffisante et équitable indemnité* à raison de mesures imposées, mais jugées nécessaires par l'autorité compétente » (1).

321. Cet arrêt est, on le voit, loin d'offrir la simplicité et la fermeté de doctrine que paraît lui prêter M. Georges Blanchard qui le signale, à côté de deux autres décisions plus récentes de la même Cour, comme constituant une application fidèle et rigoureuse de la théorie de l'acte de gouvernement aux faits de guerre (2). Les rédacteurs de ces considérants ont été visiblement balancés entre deux préoccupations contradictoires; la préoccupation de respecter autant que possible la prohibition que le décret

(1) *B. L. J.*, XIII, p. 130-132.

(2) BLANCHARD, *La théorie de l'acte de souveraineté et de l'acte d'administration en droit mixte égyptien*, dans *Revue générale du droit international public*, XX, 1913, p. 448. Quoique M. Blanchard place l'arrêt analysé par lui à une date différente — celle du 14 février 1901, — et sans indiquer où l'on peut en trouver le texte, il ne nous semble pas douteux, en présence de l'analyse qu'il en donne, qu'il ne faille l'identifier avec celui que nous avons trouvé reproduit dans le *B. L. J.* à la date du 19 janvier de la même année. Cf. les deux arrêts de la Cour d'Appel d'Alexandrie du 2 décembre 1908, dans *B. L. J.*, XXI, p. 34-35.

khédivial promulgué l'année précédente venait d'introduire expressément dans le paragraphe 2 du nouvel article 11 et de ne pas paraître, au mépris de cette prohibition, s'ingérer, sous prétexte de contentieux indemnitaire, dans l'appréciation de la valeur légale d'un acte de souveraineté; la préoccupation d'éluder ou de tempérer des solutions qui découlent logiquement du principe de la soustraction de l'acte de gouvernement à tout contrôle judiciaire même au point de vue de ses suites juridiques, mais qui, dans l'espèce, choquaient le sentiment d'équité des juges en aboutissant à faire peser sur un seul individu, et dans des proportions trop lourdes, la charge de risques créés dans l'intérêt de la collectivité entière. Ils s'efforcent d'arriver à une conciliation, ou plutôt à une transaction, entre les deux points de vue opposés : 1^o) en n'admettant l'irresponsabilité de l'Etat pour ses actes de gouvernement qu'à la condition que lesdits actes n'infligent de lésions aux droits individuels que sous la pression d'une impérieuse nécessité et en combinant la théorie de la force majeure avec la théorie de l'acte de souveraineté, pour limiter, par le concours de la première, la portée et les effets de la seconde (1); 2^o) en s'engageant, à la suite de la jurisprudence administrative française, dans la voie de la substitution aux solutions dictées par le droit strict — et pour le cas où elles paraissent trop rigoureuses — de décisions motivées uniquement par des considérations de

(1) Sur la théorie de la force majeure, et aussi sur la théorie, plus élastique et plus discutable, du cas fortuit, envisagées comme instruments de limitation de la responsabilité de la puissance publique : cf. HAURIU, note au *Sirey*, 1912, 3, 161, sous Conseil d'Etat, 10 mai 1912, et MARCEL MOYE, *Jurisprudence récente en matière de responsabilité en droit public* dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLIII, 1914, p. 15 et suiv.

justice supérieure ou d'humanité ; en accordant au particulier frappé sans mesure dans ses intérêts, par l'activité de la puissance publique agissant dans son cercle légal d'irresponsabilité, à défaut de l'action en réparation basée sur l'article 212 C. c. m. (ou 1382 Code civil français) et sur la violation d'un droit, que la lettre trop sévère de la loi lui refuse, une indemnité allouée pour des motifs d'équité analogues à ceux qui ont amené le législateur à instituer l'indemnité due au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ; en mettant en œuvre, dans l'intérêt de cette victime du fonctionnement régulier de l'organisme étatique, l'idée du maintien ou du rétablissement nécessaire d'un juste équilibre et d'une égalité relative dans la répartition entre les citoyens des charges de la vie sociale, à l'aide de laquelle certains auteurs, comme M. Otto Mayer, en Allemagne, ou MM. Georges Teissier et Tirard, en France, cherchent à expliquer les décisions les plus originales et les plus libérales de la jurisprudence du Conseil d'Etat français dans la matière de la responsabilité de la puissance publique.

322. Cet arrêt du 31 janvier 1901, l'un des premiers qui aient eu à faire application du nouvel article 11, est révélateur de tendances qui existent au moins à l'état latent, dans l'ensemble de la jurisprudence et qui font présager que la théorie de l'acte de gouvernement est appelée, chez nous, comme en France et plus encore qu'en France, à s'anémier et se rétrécir avec le temps (1). Peut-être

(1) Ces tendances hostiles au développement de la notion de l'acte de gouvernement s'affirment tout particulièrement dans les sentences, relativement récentes, qui ont été rendues, dans l'affaire vicomte de Fontarce contre Gouvernement égyptien, par le tribunal mixte du Caire le 9 mai 1911, et par la Cour d'Appel d'Alexandrie le 21 mars 1912 (*B. L. J.*, XXIV, 213-220). Dans ce procès où était

a-t-elle plutôt une signification historique qu'une valeur logique. Résultat d'une survivance partielle et du cantonnement dans un domaine extrêmement limité de la conception des relations légales entre gouvernants et gouvernés qui a antérieurement trouvé — et qui trouve encore en certains pays — son expression intégrale dans la théorie ancienne de l'acte d'autorité, elle n'est peut-être pas destinée à fournir elle-même au dogme de l'irrespon-

mise en discussion la légalité d'un décret établissant, dans une moudirieh, en vertu de délibérations du conseil provincial, une surtaxe provisoire à l'impôt foncier, le Gouvernement avait soulevé dès le début l'exception d'incompétence tirée de la nature d'acte de souveraineté qu'il attribuait à la mesure fiscale critiquée. Ce déclinatoire d'incompétence a été rejeté par des considérants dont la trop grande généralité pourrait faire croire que les deux juridictions successivement saisies, mais surtout le tribunal du Caire, étaient portées à admettre la possibilité de recours en indemnité même à l'occasion d'actes de gouvernement, mais qui s'expliquent plutôt par ce fait que, dans l'espèce, il s'agissait d'une catégorie d'opérations fiscales que la jurisprudence antérieure, contrairement au précédent créé dans l'affaire Sursoock (22 avril 1880) et rendu caduc par les modifications survenues depuis dans la condition financière de l'Égypte, considérait déjà comme ne pouvant rentrer dans la catégorie des actes de souveraineté, telle que l'entend l'article 11. Cependant, l'attitude prise par le tribunal mixte du Caire, dans le jugement du 9 mai 1911, devient assez impressionnante, quand on remarque que cette juridiction tend à y persévérer; qu'elle l'a, en tout cas, maintenue à l'occasion d'une cause plus retentissante encore que la précédente, celle de la société des Oasis d'Héliopolis, où il s'agissait également d'une question d'impôts, par conséquent de matières administratives échappant, en vertu de la tradition jurisprudentielle que nous venons de rappeler, à l'emprise de la théorie de l'acte de gouvernement, mais dans laquelle l'administration faisait cependant plaider par l'organe de son avocat, M. le Conseiller khédivial Piétri, l'incompétence des juges du chef de la disposition initiale du paragraphe 2 de l'article 11. Dans le jugement rendu sur cette dernière affaire le 21 mai 1912 et qui est dû à la plume du même président, M. Kraft, le tribunal, au lieu d'invoquer, comme cela lui eût été facile, pour justifier le rejet de l'exception d'incompétence, que la qualification attribuée par M^e François Piétri à la mesure litigieuse n'était pas juridiquement fondée, paraît s'attacher à la distinction même de l'acte de gouvernement et de l'acte

sabilité de l'Etat un asile plus inexpugnable que ne l'avait fait sa devancière. — Et il est fort possible, après tout, qu'elle constitue l'un des instruments nécessaires pour ménager la transition sans trop de heurts du régime de l'Etat de police au régime du *Rechtstaat* et qu'elle ne fasse que marquer l'une des étapes naturelles de la marche d'évolution qui conduit nos sociétés modernes vers une forme d'organisation sociale où les pouvoirs de comman-

d'autorité par le considérant suivant, qui reproduit presque littéralement celui qui a attiré notre attention dans le jugement du 9 mai 1911 : « Attendu que, s'il est vrai que, suivant l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire, les tribunaux mixtes ne pourront connaître des actes de souveraineté ni des mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique, il n'en est pas moins vrai que, *suivant le texte de ladite disposition et une jurisprudence constante, sans pouvoir interpréter un acte d'administration ou en arrêter l'exécution, les tribunaux mixtes seront toujours compétents pour juger les atteintes portées par cet acte à un droit acquis d'un étranger.....* Qu'il est évident que, si le Gouvernement égyptien a illégalement astreint la société à la taxe sur la propriété, il aura porté une atteinte à un droit acquis par elle et que les tribunaux mixtes sont compétents pour y statuer » (B. L. J., XXV, p. 338). Ces affirmations tranchantes, reparaissant à un an d'intervalle dans des procès l'un et l'autre d'une importance de tout premier plan, démontreraient vraiment que le tribunal mixte du Caire entend ne plus établir de différences, au point de vue du contentieux indemnitaire, entre la mesure administrative proprement dite et l'acte de gouvernement, et, par conséquent, se débarrasser de la seconde de ces notions, si le renvoi fait dans le jugement du 21 mai 1912 à une *jurisprudence constante*, qui, en effet, paraissait à peu près fixée, mais en sens contraire, et la circonstance même que les opérations à l'occasion desquelles ces considérations ont été développées restent, en fait, en dehors du cercle de compréhension de la théorie égyptienne de l'acte de gouvernement, ne les rendaient quelque peu ambiguës. La Cour d'Alexandrie elle-même n'a pas pris position bien franche et bien nette dans l'une et dans l'autre de ces causes où, réformant au fond la décision des premiers juges, et rejetant les demandes d'indemnité ou de restitution formées par le vicomte de Fontarce ou par la société des Oasis d'Héliopolis, elle a, au contraire, confirmé la partie des décisions du tribunal de première instance qui avait rejeté les exceptions d'incompétence élevées par le Gouvernement. Tout en évitant de reproduire ceux des motifs du tribunal qui paraissaient

dement des gouvernants pourront se multiplier et se diversifier, sans risquer de compromettre la sécurité et l'indépendance économiques des gouvernés, parce que liés à l'obligation pour la puissance publique d'indemniser les particuliers des sacrifices injustes ou excessifs qu'elle leur impose par l'exercice de son activité.

Ne nous exagérons donc pas la valeur de la protection que le paragraphe 2 du nouvel article 11 peut offrir aux

impliquer négation de la théorie même de l'acte de gouvernement, la Cour d'Appel, dans l'une et l'autre espèce, les a laissés passer sans exercer sur eux sa critique. C'est ainsi que, dans l'arrêt rendu le 30 avril 1913 (*Bulletin de législation et jurisprudence égyptiennes*, XXV, p. 343-349) sur le procès de la société des Oasis d'Héliopolis contre l'Etat, la Cour, au lieu de s'approprier les motifs, plus concis, mais mal en harmonie avec le texte de l'article 11, qu'avaient émis les premiers juges sur la question de compétence, s'attache à démontrer que c'est à tort que le Gouvernement soutient que les mesures fiscales prises par un Etat constituent des actes de souveraineté dont les tribunaux judiciaires ne peuvent connaître ; que ce principe, incontestable dans la majorité des Etats, n'est pas également vrai en Egypte, les circonstances ayant créé au Gouvernement égyptien une situation spéciale qui restreint sa souveraineté à la limite des pouvoirs que lui ont laissées ses conventions avec les puissances ; et que le pouvoir d'imposer figure précisément parmi celles des prérogatives naturelles de la puissance publique dont l'Etat égyptien a laissé limiter l'exercice par les accords internationaux dans l'intérêt des ressortissants de puissances étrangères. Puis, rectifiant ce qu'il y avait de trop général dans la formule employée par les premiers juges, elle constate que l'article 11 du *R. O. J.* dispose que, « si les tribunaux de la réforme ne peuvent connaître des *mesures prises par le Gouvernement en conformité des lois* — (la Cour ne parle plus en même temps, comme le faisait le tribunal, des actes de souveraineté) — ils sont cependant compétents pour juger les atteintes portées par un acte d'administration à un droit acquis ». Mais cette partie préliminaire de l'arrêt du 30 avril 1913 ne contient ni réfutation ni condamnation explicite de l'argumentation du tribunal. Il ressort donc de l'examen de ces deux retentissantes affaires que les juges mixtes du Caire ont pu faire montre dans ces dernières années d'une certaine propension à ignorer la théorie de l'acte de gouvernement, et cela sous l'œil, non pas sans doute bienveillant, mais quelque peu indifférent, des magistrats de la Cour d'Appel.

administrations égyptiennes à l'encontre des velléités possibles d'empiétements de l'autorité judiciaire sur leurs attributions. Pour qu'elle devint une barrière efficace, il eût fallu :

1^o) Que le législateur dressât, lui-même, la liste des actes de gouvernement ou de souveraineté;

2^o) Qu'imitant sous une forme ou sous une autre l'exemple qu'avaient donné en France l'article 89 de la Constitution de 1848 et, plus tard, la loi du 24 mai 1872, en instituant le tribunal des conflits, il confiât à une juridiction supérieure le jugement des différends nés du chef de la théorie de l'acte de souveraineté entre le Gouvernement et les tribunaux mixtes et la mission de rappeler ainsi, en cas de besoin, l'autorité judiciaire au respect des limites tracées à sa compétence en matière administrative.

323. Or, le nouvel article 11, non seulement n'énumère pas les actes de gouvernement, mais n'a pas même tenté d'en fournir une définition et d'indiquer un critère qui permette de les identifier. Et il n'est pas douteux, en dépit des efforts faits par M. Blanchard pour se soustraire à cette constatation, que les auteurs du nouveau texte n'ont pas un instant songé à retirer aux tribunaux mixtes l'aptitude à régler eux-mêmes les difficultés que peut soulever la détermination de leur propre compétence même pour le cas où ces contestations sont relatives à l'application du paragraphe 2. Ils ont même fort clairement manifesté, au cours des travaux préparatoires, et notamment dans le rapport de la sous-commission, la volonté de ne pas laisser au Gouvernement la possibilité de soustraire ses actes à tout contrôle de l'autorité judiciaire en les qualifiant actes de souveraineté, et de maintenir aux juridictions de la

Réforme toute latitude pour rechercher et décider si l'acte ainsi qualifié présente réellement le caractère qui lui est prêté et échappe ou non, à ce titre, à leur compétence indemnitaire. Le nouvel article 11 s'est contenté, sur ce point, de confirmer les directions très générales et fort souples que la jurisprudence s'était déjà tracées à elle-même, sans organiser les moyens de l'obliger à s'y conformer. Il ne cherche d'autre garantie d'exécution de sa prescription que la sagesse et la probité professionnelles du juge, que l'esprit de modération et de réserve des tribunaux (1). La partie du paragraphe 2 actuel que nous venons d'analyser ne constitue donc qu'une satisfaction purement platonique accordée par la Commission internationale de 1898 aux revendications de Boutros Pacha. Mais, tout au moins, présente-t-elle, à défaut de la réalité, l'apparence d'une concession. Il n'en est plus de même de la seconde des retouches apportées en 1900 dans la rédaction primitive de l'article 11. Celle-ci prend franchement l'allure d'une réplique aux prétentions émises dans la circulaire de 1897; elle ne peut s'expliquer que par référence à ces prétentions et comme une condamnation formelle de ces prétentions.

(1) Il suffira de rappeler le passage, si caractéristique, du procès-verbal de la seconde séance de la sous-commission, que nous avons déjà antérieurement relevé et où il est dit que « la sous-commission, tout en déclarant que les actes de souveraineté doivent échapper à la compétence des tribunaux, estime cependant qu'il est difficile de déterminer ces actes et que leur appréciation doit être laissée à la justice ».

SECTION II

Reconnaissance au profit des tribunaux mixtes d'un droit de contrôle occasionnel sur la légalité des actes administratifs.

324. Dans l'analyse du paragraphe 2 du nouvel article 11 nous n'avons fait état jusqu'ici que du membre de phrase initial « ils ne connaîtront pas des actes de souveraineté » qui, en dépit des critiques d'ordre terminologique que nous avons dû relever et des divergences d'interprétation que nous avons enregistrées, constitue cependant la partie relativement la mieux rédigée et, en tout cas, la plus claire de ce second alinéa. Passons maintenant à l'examen des derniers mots de ce texte : « *Ni des mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique* ». C'est ici surtout que se vérifie l'exactitude des observations que nous avons développées au seuil du présent chapitre en ce qui concerne le rôle prépondérant que sont appelés à jouer les travaux préparatoires dans l'illustration d'un document qui est passé par d'aussi nombreuses et d'aussi profondes vicissitudes que le nôtre. Ni l'inspection du sens extérieur des mots, ni la discussion de la valeur qu'ils prennent en se combinant, ne suffisent plus dans cette dernière partie du paragraphe 2 à nous révéler les volontés réelles du législateur. L'interprétation littérale nous conduirait à des

solutions non seulement erronées, mais incohérentes. Seule la connaissance des circonstances historiques, qui ont amené l'introduction de ce membre de phrase complémentaire dans la rédaction actuelle de l'article 11, peut nous permettre d'assigner aux mots en question une signification raisonnable, et surtout une signification conciliable avec le paragraphe 3 du même article. Reportons-nous donc tout d'abord au tableau que nous avons ci-dessus dressé des versions par lesquelles l'article 11 est passé de 1897 à 1900, pour rechercher la genèse de notre fin de texte.

PARAGRAPHE I

La disposition finale du Paragraphe II et ses retouches successives dans les Travaux préparatoires.

325. La lecture du dit tableau nous montre immédiatement qu'elle trouve son point d'attache initial dans la proposition de Boutros Pacha qui, dans sa circulaire de 1897, demandait que le paragraphe 2, du futur article 11 fut conçu de la façon suivante : « Le Gouvernement n'est pas justiciable de ces tribunaux pour *les mesures prises par lui dans les intérêts généraux de l'Egypte* ni pour les actes qu'il pose *en vue de l'exécution ou de l'application des lois et règlements d'administration publique* ». Cette formule tendait, en réalité — et c'est ce qui explique qu'elle ait été aussi fraîchement accueillie — à établir au profit des administrations égyptiennes un cercle d'action discrétionnaire et irresponsable tout aussi large que celui qu'assure aux administrations belges ou italiennes, la conception de l'acte d'autorité dominante dans la juris-

prudence de ces pays, et à paralyser ainsi à peu près complètement l'application de l'article 11, dont le champ d'opération se limite précisément, comme nous l'avons vu, aux actes de commandement. Il n'est guère, en effet, d'acte d'autorité, ou même d'acte spécifiquement administratif, qui ne puisse rentrer dans l'un ou l'autre des deux groupes d'opérations administratives que l'homme d'Etat égyptien proposait de soustraire au droit commun de la responsabilité.

326. La première de ces catégories, celle qui, dans le projet de Boutros Pacha tient la place qu'a prise dans le texte définitif l'acte de souveraineté, était déjà des plus souples et des plus compréhensives. Car, dans son préambule explicatif, la circulaire de 1897 indiquait qu'il fallait entendre par là « les actes de souveraineté destinés à assurer le fonctionnement régulier de l'Etat et l'accomplissement de ses fins naturelles » (1). Et, dans un article écrit en 1899, M. Babled, relevant ce passage de la circulaire, disait fort justement : « Une telle définition n'est pas de nature à éclairer ce difficile sujet. *Car elle peut convenir à toute espèce d'actes administratifs* » (2). Comment, en effet, peut-on songer à faire de l'accomplissement dans l'intérêt public le trait spécificatif d'une catégorie particulière d'actes administratifs, ou surtout la base d'une distinction entre les divers actes d'autorité, alors qu'il constitue lui-même l'une des conditions fondamentales que doit présenter une mesure administrative pour avoir droit à ce titre générique. L'accomplissement dans l'intérêt public est même le signe essentiel auquel s'attache la

(1) *Archives diplomatiques*, LXV, 1898, 1. p. 375.

(2) *Revue générale du droit international public*, VI, 1899, p. 354.

jurisprudence des tribunaux mixtes pour discerner les opérations administratives qui tombent sous l'application de l'article 11 et distinguer l'acte administratif proprement dit ou l'acte d'autorité du simple acte de gestion ou acte administratif impropre. Tel est notamment le principe de définition dont s'est inspirée la Cour d'Appel d'Alexandrie, sous l'empire de l'ancien article 11, soit dans l'arrêt du 13 avril 1892, où nous découperons le considérant suivant : « Que dans l'espèce où... le débat ne porte même pas sur un acte d'administration dans le sens que comportent les expressions de l'article 11 du règlement organique, *c'est-à-dire sur une mesure, soit générale, soit particulière, mais prise, en ce dernier cas, dans un intérêt général et public*; où il porte, au contraire, sur une mesure toute personnelle à un employé, un simple acte de discipline et de révocation, la compétence de la juridiction mixte ne saurait..., à aucun point de vue, être sérieusement déclinée » (1); soit encore dans l'arrêt du 5 janvier 1897 où nous relevons ces phrases caractéristiques : « Attendu que l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire laisse aux tribunaux le soin d'examiner si un acte administratif, qui leur est déféré, constitue une vraie mesure administrative; qu'un tel acte ne peut constituer une pareille mesure, dans le sens de l'article 11, que *s'il est arrêté dans l'intérêt public et conformément aux lois et décrets en vigueur* » (2). Et l'orientation de la jurisprudence n'a pas changé à cet égard depuis la mise en vigueur du nouvel article 11. Nous retrouvons la même idée exprimée à peu près dans les mêmes termes dans l'arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie

(1) *B. L. J.*, IV, p. 273-274.

(2) *B. L. J.*, IX, p. 94-95.

du 15 avril 1909 (1): « Que d'ailleurs, l'acte administratif dont les tribunaux ne peuvent pas connaître suivant les susdits articles est celui qui s'exerce en vertu de la puissance publique, dans un intérêt général... » et surtout dans un arrêt de la même Cour, en date du 14 mai 1908, rédigé en italien, d'où nous extrayons, en le traduisant, un passage qui résume fort bien les conceptions courantes de notre pratique judiciaire : « Attendu que, d'après la jurisprudence introduite et affirmée par divers arrêts de cette Cour, un acte d'administration ne peut constituer une mesure administrative au sens de l'article 11 du règlement d'organisation judiciaire que quand il est pris *dans un but d'utilité publique et dans l'intérêt général, en conformité des règlements et des décrets en vigueur* » (2).

327. La portée de l'expression « mesures prises dans l'intérêt général », employée par la jurisprudence comme synonymique d'acte administratif régi par l'article 11 se trouvait toutefois restreinte — quoique dans une mesure difficile à définir pratiquement — sous la plume de Boutros Pacha, par l'addition du complément (intérêts généraux) *de l'Egypte* et par les commentaires qui en étaient donnés dans l'exposé des motifs présenté par la circulaire de 1897. La circulaire opposait, en effet, aux actes de souveraineté, échappant à tout contrôle de l'autorité judiciaire, « les mesures qui ne sont que des *actes individuels* pouvant léser des droits acquis en vertu du Code civil ». Le Ministre des affaires étrangères égyptien arrivait ainsi à sous-entendre, dans le début du

(1) *B. L. J.*, XXI, p. 310-312.

(2) *B. L. J.*, XX, p. 230-232.

paragraphe 2, une opposition entre les actes d'administration généraux et les actes administratifs à portée individuelle qui trouvait d'ailleurs une consécration indirecte dans le paragraphe 3 du même article où l'aptitude des tribunaux mixtes à connaître des atteintes portées par des mesures administratives aux droits acquis des étrangers était formellement limitée au cas où les droits prétendument lésés présenteraient le caractère de simples droits individuels et se trouvait exclue pour les cas où il s'agirait de droits collectifs, tels que ceux qui avaient été invoqués dans l'affaire de la Caisse de la Dette.

328. Mais les mesures administratives qui, en vertu de cette distinction entre les actes administratifs généraux et les actes administratifs individuels, auraient pu rester sous le régime primitif de l'article 11, devaient, dans la pensée de Boutros Pacha, y échapper, pour la plupart, à un autre titre, comme rentrant dans la seconde des catégories que le paragraphe 2 élevait au-dessus du droit commun et comme constituant « des actes posés en vue de l'exécution ou de l'application des lois et règlements d'administration publique ». La formule proposée dans la circulaire greffait, en effet, sur la distinction principale une subdivision qui n'avait de valeur pratique que pour les actes administratifs à portée individuelle. Elle opposait, pour les soustraire au contentieux indemnitaire, les actes administratifs *pris en vue d'assurer l'exécution d'une loi* ou d'un règlement, ceux pour lesquels le Gouvernement ne fait pas acte de véritable initiative, mais simplement de serviteur de la loi, d'organe d'exécution des prescriptions du règlement, *aux actes administratifs spontanés*, que le Gouvernement accomplit en vertu de facultés que

la légalité lui ouvre, mais sans l'obliger à en user, qui constituent de sa part l'exercice de pouvoirs discrétionnaires et pour lesquels la compétence indemnitaire des tribunaux mixtes serait maintenue. Distinction en réalité des plus fuyantes. Les limites, déjà extrêmement étroites, dans lesquelles elle prétendait cantonner l'action tutélaire des tribunaux, eussent risqué — il est à peine utile de le faire remarquer — d'être à chaque instant déplacées dans l'application pratique au détriment de la défense des droits subjectifs des particuliers. Il eut suffi, en effet, au Gouvernement de placer les mesures édictées par lui à l'encontre d'étrangers sous le couvert de quelque texte de loi ou même de règlement et de les présenter en la forme comme une mise en exécution de ce texte, pour fermer aux victimes de ces mesures la possibilité d'obtenir réparation judiciaire des lésions même les mieux caractérisées de leurs droits, en obligeant les tribunaux à se déclarer incompétents pour connaître de leurs réclamations. Si cette partie des propositions de la circulaire de 1897 avait prévalu, et si on l'avait complétée — ce que Boutros Pacha négligeait de faire — par des procédures permettant d'en imposer le respect aux tribunaux mixtes, la disposition ancienne de l'article 11, quoique théoriquement maintenue par le paragraphe 3, fut certainement devenue d'une application fort peu usuelle.

329. C'est naturellement sur ce paragraphe de la proposition gouvernementale que se sont surtout exercées les critiques de la Commission internationale de 1898. L'amendement Vercamer le supprimait purement et simplement. Mais cet amendement risquait d'être interprété comme englobant dans une condamnation par préterition

la théorie jurisprudentielle de l'acte de gouvernement en même temps que toutes les distinctions nouvelles que le projet de Boutros Pacha tendait à introduire au sein de la classe des actes d'autorité. C'est pour éviter ce résultat, jugé excessif, et aussi pour accorder aux Gouvernements anglais et égyptien une satisfaction de forme, à défaut de concession de fond, que la sous-commission reprit dans la rédaction finalement arrêtée par elle, sur la proposition de MM. Korizmics et Boutros Pacha, le paragraphe 2 du texte de la circulaire, mais en lui faisant préalablement subir les transformations nécessaires pour en éliminer tout ce qui pouvait prendre l'allure d'innovation par rapport à la jurisprudence antérieure. Elle se débarrassa tout d'abord de la distinction des actes d'administration générale et des actes d'administration à portée individuelle, en substituant dans le paragraphe 2 la mention pure et simple de l'acte de souveraineté à la définition singulièrement extensive qu'en donnaient les mots « mesures prises dans les intérêts généraux de l'Egypte » et en rayant du paragraphe 3 l'épithète *individuel*, accolée dans la circulaire au terme classique *droit acquis* en vue d'exclure de toute protection judiciaire contre les empiétements administratifs les droits collectifs. Elle fit aussi justice de l'opposition que l'on avait cherché à établir entre les actes administratifs qui tendent à l'exécution de la loi et les actes administratifs spontanés, en écrivant dans la fin du paragraphe « *en exécution* » au lieu de « *en vue de l'exécution* » et « *en conformité des lois* » au lieu de « *en application des lois* », de façon à soumettre au même régime tous les actes administratifs qui sont accomplis en vertu des dispositions de la loi et dans les conditions prévues par la loi. De là la physio-

nomie énigmatique que prend, quand on veut l'expliquer par lui-même et sans sortir de ses quatre coins, un texte qui ne s'explique historiquement que par relation à une version de l'article 11, aujourd'hui oubliée, parce que n'étant jamais passée de l'état de projet à l'état de réalisation, et où les mots ont parfois la signification occulte d'une dénégation opposée à des revendications gouvernementales qui, après avoir été défendues avec vivacité de 1897 à 1900, se sont tues sans laisser d'autres traces que celles-là dans la rédaction actuelle du *R. O. J.*

Après toutes ces corrections, en face de tous ces coups de ciseaux, subsiste-t-il encore de cette partie du programme de la circulaire de 1897 autre chose que la reconnaissance légale de la théorie de l'acte de gouvernement? Et si la fin du paragraphe 2 conserve une signification, dans quel sens convient-il de la chercher? La question n'a été jusqu'ici que fort peu et fort superficiellement étudiée. Les rares auteurs qui ont eu l'occasion de l'aborder l'ont tous, ou presque tous, tranchée en supposant que le législateur de 1900 a voulu, dans les derniers mots du paragraphe 2, proclamer l'existence, à côté de l'acte de gouvernement et du simple acte administratif ou acte d'autorité (inutile de parler ici de l'acte de gestion, puisqu'il rentre dans le champ de l'article 10, et non de l'article 11), d'une troisième catégorie d'opérations administratives, se différenciant des deux précédentes par sa nature, ou au moins par sa composition, et assimilée à la première au point de vue de la soustraction au contentieux indemnitaire. Cette première interprétation paraît s'appuyer solidement sur la lettre apparente de la loi. Elle est encore acceptée aujourd'hui, sans discussions et sans commentaires, comme une vérité

d'évidence, par des écrivains tels que MM. Péliissié du Rausas et Blanchard (1). A ce double titre elle mérite examen. Adressons-nous donc, pour avoir un exposé autant que possible complet des raisons qui militent en sa faveur, à l'auteur qui, le premier, l'a formulée et qui, seul, à notre connaissance, a vraiment tenté d'en présenter une démonstration juridique. Nous avons nommé M. Babled.

PARAGRAPHE II

L'Explication de M. Babled

330. M. Babled a exposé, dès l'année 1899, ses vues sur la matière dans un article, déjà souvent cité, de la *Revue générale du droit international public* où, s'engageant sur le terrain de la liquidation diplomatique des querelles que l'affaire de la Caisse de la Dette avait suscitées entre défenseurs de la politique anglaise et défenseurs de la politique française en Egypte, il discutait, dans un esprit non dissimulé de dénigrement, les conclusions, pourtant si modestes et de tendances si conservatrices, de la Commission, parce qu'il craignait que, dans les circonstances politiques où elles allaient se présenter, des modifications même de pure forme dans l'article 11 ne pussent être interprétées comme impliquant désaveu par les puissances de l'attitude prise par la Cour d'Appel d'Alexandrie dans l'arrêt du 2 décembre 1896. On comprend aisément que, dans cet écrit polémique, où retentit encore l'écho inapaisé des bruyantes batailles livrées en 1896 autour du prétoire des tribunaux, l'un des avocats, qui avaient com-

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *Le régime des Capitulations dans l'Empire ottoman*, II, p. 484. — BLANCHARD, dans *Revue générale du droit international public*, XX, 1913, p. 438.

battu au premier rang et avec le plus d'entrain pour la défense des positions françaises, ait été porté à exagérer les périls que la nouvelle rédaction de l'article 11 pourrait faire courir à l'indépendance des tribunaux mixtes ainsi qu'aux intérêts européens et se soit aiguillé avec quelque complaisance vers celles des interprétations du texte en discussion qui, par leurs conséquences déraisonnables ou illogiques, étaient de nature à provoquer les critiques les plus impressionnantes et les plus décisives.

331. C'est avec cette arrière-pensée de préparer la réfutation des conclusions de la Commission par la manière même dont il les expose, qu'il définit dans les termes suivants la portée du paragraphe 2 : « Du texte, proposé par la Commission et du commentaire qu'elle y a joint il résulte que, dans tout recours en matière administrative, les tribunaux mixtes auront à apprécier :

« 1° Si l'acte administratif qui leur est déféré constitue un acte de souveraineté (dans les limites où l'acte de souveraineté peut encore exister en Egypte). En ce cas, pas de recours ;

« 2° *S'il constitue tout au moins une mesure d'intérêt général prise par le Gouvernement en exécution ou en conformité des lois ou règlements d'administration publique ayant force obligatoire pour l'étranger (c'est-à-dire acceptés par la puissance dont il dépend). Ici encore, aucun recours ne sera ouvert à l'étranger même lésé dans un droit acquis, « car il s'agit de mesures destinées à assurer le fonctionnement régulier de l'Etat et l'accomplissement de sa mission ».* Si, au contraire, l'acte incriminé n'a pas le caractère d'utilité générale, ou si, même avec ce caractère, il ne présente pas les conditions nécessaires

pour être applicable à l'étranger, la juridiction mixte sera compétente. Elle recherchera si la lésion qu'il invoque atteint de simples intérêts ou méconnaît des droits acquis; dans le second cas seulement une indemnité pourra être accordée..... Que nous apporte, en effet, le nouveau le texte proposé? *Une distinction entre les actes de gouvernement ou d'administration générale, d'une part, et les actes d'administration spéciale, d'autre part.* Cette distinction n'existe pas dans la rédaction actuelle de l'article 11 (celle de 1876). *Etait-il nécessaire, était-il même utile de la faire* » (1).

332. La tactique suivie ici par le polémiste, que fut M. Babled, ne manque pas d'habileté. Il tient pour certain que la fin du texte, qui est devenu le paragraphe 2 de notre article actuel, tend à fermer aux ressortissants et protégés d'Etats étrangers toutes les voies de recours judiciaires en ce qui concerne les actes d'administration générale des autorités égyptiennes et à élever ainsi cette catégorie — en fait beaucoup plus nombreuse — d'opérations administratives au même régime que l'acte de souveraineté, de façon à ne laisser sous l'empire du contentieux indemnitaire des tribunaux mixtes que ceux des actes d'administration spéciale qui n'ont pas le caractère d'actes de gouvernement. Cette affirmation initiale posée, sa verve critique peut ensuite s'exercer en toute liberté aux dépens du projet de la Commission et il lui devient aisé d'attaquer ce projet, non seulement au point de vue de l'opportunité politique et de la compatibilité avec les

(1) BABLED, *Le renouvellement des pouvoirs des tribunaux égyptiens de la Réforme*, dans *Revue générale du droit international public*, VI, 1899, p. 354.

principes traditionnels du droit capitulaire, mais aussi au point de vue de la correction technique et de la valeur logique. Mais, si les explications de M. Babled ont le mérite de la clarté et de la vigueur, elles ont, en revanche, le grave défaut d'attribuer à la Commission de 1898-1899 des opinions qui ont sans doute été développées dans les travaux préparatoires du décret du 26 mars 1900, mais par d'autres qu'elle, et contre lesquelles elle s'est élevée avec une très suffisante énergie. Ce n'est pas dans le projet de la Commission, c'est dans le projet de la circulaire de 1897, que l'on rencontre la distinction entre les actes d'administration générale régis, au même titre que les actes de gouvernement, par la disposition protectrice du paragraphe 2, et les actes d'administration spéciale, seuls soumis à la disposition restrictive du paragraphe 3. Il était difficile de la répudier plus formellement que ne l'ont fait les membres de la Commission technique, soit en sabrant, comme nous venons de le constater à l'instant, tous les passages des paragraphes 2 et 3 qui y contenaient allusion, soit en insérant dans leur rapport des déclarations telles que celles-ci : « ce serait méconnaître le principe même de la séparation des pouvoirs que de soustraire aux tribunaux la connaissance de toute mesure administrative quelconque, *dès qu'elle serait qualifiée par le Gouvernement comme ayant été prise dans des vues d'intérêt général.....* Si une telle mesure échappe à l'appréciation du pouvoir judiciaire au point de vue de sa valeur intrinsèque..... *il appartient néanmoins aux tribunaux d'en connaître, en temps qu'elle constituerait une atteinte à un droit acquis.....* ».

333 Pour détourner l'attention des lecteurs du coup de pince ainsi donné à la vérité historique et colorer d'une

apparence de vraisemblance les préoccupations qu'il attribue fort gratuitement aux rédacteurs de l'annexe A, M. Babled s'efforce de montrer que ceux-ci ont dû être amenés à soustraire subsidiairement, dans la fin du paragraphe 2, à la juridiction indemnitaire des tribunaux mixtes les actes d'administration générale, parce que c'était le seul moyen dont ils disposassent pour assurer une satisfaction, au moins partielle, aux revendications anglo-égyptiennes et parce qu'ils devaient nécessairement s'apercevoir que la protection principale, édictée au début de ce paragraphe, et en première ligne, au profit des actes de souveraineté, était destinée à rester lettre morte. S'inspirant momentanément, pour les besoins de son argumentation critique, et sans arriver, semble-t-il, à s'en dissimuler complètement les points faibles, de la conception doctrinale — à notre avis indéfendable et que nous avons déjà eu plus d'une fois l'occasion de réfuter — qui, mettant l'exception à la place de la règle, ne veut reconnaître à l'Etat égyptien d'aptitude à exercer les prérogatives de la puissance publique qu'à titre exceptionnel et en vertu de concessions formelles des nations adhérentes à la Réforme judiciaire, M. Babled déclare que la Commission de 1898-1899 n'a pu accueillir dans le début du paragraphe 2, la notion, en elle-même subtile et fuyante, de l'acte de gouvernement que par mégarde ou par ignorance des principes fondamentaux du droit capitulaire ; que cette notion n'a de signification que dans les Etats qui ont conservé la plénitude de leur souveraineté ; qu'elle devient incompréhensible dans un pays, comme l'Egypte, où les étrangers « n'ont avec l'autorité locale que des liens contractuels réglés par des accords internationaux ». Et il ajoute, prenant le contre-pied de l'interpréta-

tion de la formule initiale du paragraphe 2 qui nous a paru ressortir à la fois de la lettre du texte, de ses précédents et de ses travaux préparatoires, que, pour qu'un acte des autorités égyptiennes, « quel qu'il soit, acte de gouvernement ou acte d'administration pure, puisse obliger des étrangers, il lui faut le concours, l'adhésion des puissances dont ils dépendent » ; que, par conséquent, « en dehors de ce concours, il n'y a plus pour l'Etat égyptien qu'une souveraineté incomplète et, par là même, inefficace à paralyser la compétence administrative des tribunaux de la Réforme » ; et que, l'acte ordinaire d'administration échappant lui-même à tout recours indemnitaire quand il est accompli en vertu d'une autorisation des puissances, « entre l'acte de gouvernement et l'acte d'administration, il n'y a plus de démarcation possible » (1).

334. Si la démarcation disparaît — il est à peine utile de le faire remarquer après les développements que nous avons consacrés à la détermination de la signification primitive de l'article 11 — c'est parce que l'auteur se méprend, non seulement sur la portée de la disposition nouvelle du début du paragraphe 2, mais aussi et surtout sur celle de la disposition ancienne, reléguée désormais dans le paragraphe 3, et qu'il interprète avec le même esprit tendancieux que M. Pélissié du Rausas. Considérant sa démonstration comme close, alors, qu'à notre avis, elle n'est même pas encore commencée, il poursuit en ces termes :

335. « Au reste, le Gouvernement égyptien paraît s'en être rendu compte, et, pour tourner la difficulté, il a cherché à mettre sur le même rang, à faire bénéficier de

(1) BABLED, *l. c.*, p. 356.

la même incompétence que l'acte de souveraineté, les mesures d'administration *générale* « prises en vertu des lois et règlements d'administration publique », estimant sans doute que l'acte de souveraineté, même incomplet et inefficace, comme tel, pourrait être assimilé tout au moins à l'un de ces actes d'administration générale et discrétionnaire que la volonté d'une loi expresse peut dérober à tout recours contentieux » (1). Nous retrouvons toujours ici les mêmes pétitions de principes : supposition d'une communauté de vue entre les auteurs de la circulaire de 1897 et la majorité des membres de la Commission de 1898, que dément assez clairement l'histoire des négociations préliminaires au décret du 26 mars 1900; attribution aux commissaires de la paternité de distinctions qu'ils ont déclaré répudier; et tout cela pour justifier des conclusions inconsistantes (2) et aboutir à des résultats que l'auteur lui-même déclare illogiques et inapplicables. Car après avoir exposé les visées que la Commission, sur les instigations du Gouvernement égyptien, aurait, selon lui, poursuivies en rédigeant la fin de notre paragraphe 2, il s'empresse d'ajouter : « Si tel a été son dessein, il a été purement chimérique ». S'attardant à combattre les fantômes d'aspect redoutable que son ima-

(1) *L. c.*, p. 356.

(2) Après nous avoir présenté antérieurement la formule finale de l'article 2 comme destinée à soustraire au contentieux indemnitaire des tribunaux mixtes tous les actes d'administration générale sans exception, M. Babled suppose, en effet, qu'elle ne doit, dans la pensée de ses inventeurs, couvrir de sa protection que ceux là seulement des actes de cette catégorie que les textes particuliers des lois égyptiennes viendraient dans l'avenir à libérer formellement de la soumission aux règles ordinaires de la responsabilité. Affirmations évidemment contradictoires et entre lesquelles il faudrait choisir.

gination prévenue et inquiète a fait surgir derrière l'œuvre pacifique et terre à terre de la Commission, il démontre que, d'après les règles générales du droit capitulaire, le Gouvernement égyptien ne doit pas pouvoir obtenir indirectement, par un acte dénommé d'administration générale, des résultats qu'il ne pourrait pas atteindre directement par un acte dénommé souverain; que la distinction entre les actes d'administration spéciale et les actes d'administration générale prend une allure anti-juridique même sur le terrain spécial où l'on voudrait la cantonner en Egypte; qu'elle n'est énoncée, en fait, dans aucune législation moderne, et il termine par cette conclusion :

« En résumé, une chose est et reste hors de conteste : aucun acte administratif émané de l'autorité isolée du Gouvernement égyptien, qu'il soit individuel ou général dans son application, ne saurait soustraire cette initiative à l'examen des tribunaux de la Réforme. Et ils devront rechercher dans chaque espèce si l'acte incriminé a obtenu ou non le concours des puissances; s'il a violé ou non une convention ou une capitulation quelconque stipulée par les puissances. Dans l'affirmative, ils seront toujours compétents ; mais alors, dans ces conditions, était-il donc utile de modifier le texte actuel de l'article 11 qui ne fait nulle distinction, lui, entre les diverses catégories d'actes administratifs ? Il n'y a là qu'un trompe-l'œil inoffensif... » (1).

336. N'est-ce pas assez dire que tous les développements qui précèdent n'ont d'autre but que de dégager des termes

(1) BABLED, *l. c.*, p. 357.

obscur de la fin du paragraphe 2, par le moyen d'une interprétation déformatrice et caricaturale, les moyens de lutter contre les doctrines beaucoup plus claires contenues dans le début de ce paragraphe? Et convient-il d'attribuer à une construction de circonstance, improvisée à l'appui d'un procès de tendances — assez injuste au fond — dirigé contre l'œuvre de la Commission de 1898-1889, une valeur intrinsèque et permanente que son auteur même ne paraît pas lui avoir prêté? Non. Et de tout ceci il n'y a à retenir qu'une chose : C'est la possibilité de procéder immédiatement à une première élimination. En supposant même que le législateur de 1900 ait voulu créer, à côté des actes de gouvernement et des actes administratifs proprement dits, une troisième catégorie d'opérations administratives sous le nom distinctif de « mesures prises en exécution et conformité des lois et règlements d'administration publique », cette catégorie mystérieuse ne saurait être identifiée avec les actes d'administration générale. Mais de quels éléments pourrait-elle bien alors se composer?

PARAGRAPHE III

L'Explication de M. Pélissié du Rausas

337. M. Pélissié du Rausas a une réponse toute prête. La formule finale de notre paragraphe paraît devoir demeurer énigmatique pour le lecteur qui veut la concilier avec les idées jusque-là reçues dans la pratique des tribunaux de la Réforme. Il faut donc croire qu'elle représente le texte vengeur, le Messie trop longtemps attendu, qui, par un juste retour des choses, devait tôt ou tard assurer la revanche de la consécration législative à l'interprétation, méconnue par la jurisprudence mixte, qui va chercher la

clef de cette disposition dans la suppression, au point de vue des rapports internationaux, de la personnalité de puissance publique de l'Etat égyptien. Nous avons constaté, en effet, dans la section précédente, que le savant directeur de l'Ecole française de droit du Caire est convaincu que la revision de 1900 ne peut pas avoir eu d'autre but que de rappeler au respect des tribunaux — qui, jusqu'alors, n'en avaient pas tenu le moindre compte — les doctrines qui lui sont chères. Si nous avons peine à comprendre la signification réelle de la fin du paragraphe 2 — qui, à son avis, constitue la partie essentielle, et même le seul trait original de la nouvelle rédaction — c'est sans doute parce que nous n'apportons pas à sa lecture un esprit suffisant de pénétration, parce que nous négligeons de restituer la formule visiblement incomplète de cette fin de texte, par l'addition d'un certain nombre de mots que le législateur de 1900 a, par mégarde, laissés au fond de son encrier; mais qui n'en constituent pas moins les correctifs nécessaires d'une définition trop large et le complément naturel d'une pensée à demi exprimée. L'expression « mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique » devient incompréhensible si l'on y prend les mots *lois* et *règlements* dans leur acception générique, et si l'on prétend englober sous cette dénomination ceux-là mêmes des actes législatifs ou réglementaires, édictés en vue de l'application en Egypte, qui n'émanent que de l'initiative isolée des autorités publiques du pays. « Ces lois et règlements d'administration publique sont ceux que le Gouvernement égyptien a édictés avec l'assentiment des puissances. Aucune autre interprétation n'est possible, sous peine de mettre l'article 11 en contradiction avec lui-même et de

violer le principe de l'immunité législative qui est toujours considéré comme l'un des principes fondamentaux du régime capitulaire en Egypte » (1).

338. Ainsi rectifié ou complété, le paragraphe 2 de l'article 11 — pour peu que l'on fasse abstraction de ses termes initiaux qui, d'après l'auteur, doivent être traités comme lettre-morte — aboutit à des conclusions aussi nettes que logiques et se dresse dans une antithèse saisissante en face du paragraphe 3. Sont régies par le paragraphe 2, et, à ce titre, soustraites à tout contrôle judiciaire, même par la voie de l'action en réparation des lésions infligées aux droits acquis, toutes les mesures administratives prises en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique *édités avec l'approbation des puissances*. Peu importe que les mesures de cette catégorie supérieure respectent ou non les exigences des lois locales, car les lois locales n'ont pas de valeur; elles sont inexistantes au regard des étrangers. Ceux-ci ne peuvent pas se plaindre du moment où les exigences de la loi internationale, qui seule régit leurs relations avec les autorités égyptiennes, ont été observées. Sont placés sous le régime du paragraphe 3 et peuvent, de ce chef, donner naissance à des recours en indemnité, parce qu'ils n'ont d'efficacité légale obligatoire que dans les rapports de l'Etat égyptien avec ses ressortissants non protégés par de tierces puissances et restent inopérants à l'égard des étrangers, les actes administratifs pris seulement en exécution et en conformité *des lois et règlements d'administration publique indigènes*. Ces derniers, quelque

(1) PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *Le régime des Capitulations dans l'Empire ottoman*, II, p. 484.

corrects qu'ils puissent être, soit au fond, soit en la forme, au regard des lois locales ouvrent immédiatement droit à réparation au profit des étrangers par cela même que ceux-ci sont contrariés par eux dans l'usage de leurs droits acquis.

339. M. Pélissié du Rausas nous fournit ainsi une explication de la disposition finale du paragraphe 2 qui présente, par rapport à celle de son devancier, M. Babled, une supériorité manifeste au point de vue de la consistance des conclusions et de la précision des lignes, mais qui, en revanche, est beaucoup plus difficile encore que cette dernière à concilier avec les principes généraux du droit mixte. Elle ne se heurte pas seulement à toutes les critiques que nous avons développées dans le titre I de notre livre III en discutant les doctrines générales de M. Pélissié du Rausas. Elle soulève de nouvelles objections, en attribuant aux auteurs de la revision de 1900 des idées révolutionnaires, ou tout au moins réformatrices, qui non seulement ne leur sont jamais venues à la pensée, mais dont ils ont pris soin de décliner d'avance la paternité et la responsabilité.

340. Ces derniers ont, il est vrai, glissé dans le rapport qui résume et clôture les opérations de la sous-commission de 1898 une phrase qui, isolée de son contexte, pourrait paraître ambiguë et où nous lisons : « La Commission a donc pensé que la compétence judiciaire ne doit être restreinte qu'au cas où la mesure d'intérêt général serait prise en exécution et en conformité de *la loi ou d'un règlement ayant force légale à l'égard des étrangers* ». Mais l'impression favorable aux théories de M. Pélissié du Rausas que pourraient donner ces mots, détachés de leur

cadre, se dissipe immédiatement dès qu'on les rapproche des développements dont ils forment la conclusion et que nous avons antérieurement reproduits. Exposant les raisons qui les ont conduits à transformer de fond en comble la formule de paragraphe 2 proposée par la circulaire de 1897, les commissaires font valoir qu'il leur était impossible de consentir, sans compromettre la stabilité des droits subjectifs des étrangers, à ce que l'on imposât aux tribunaux mixtes l'obligation de rejeter les actions en indemnité dirigées contre le Gouvernement à l'occasion de mesures administratives prises au nom de l'intérêt public, toutes les fois et par cela seul que ces mesures s'appuyeraient sur un texte de loi et se présenteraient comme la mise à exécution de ce texte. Ils déclarent que, contrairement aux propositions des initiateurs de la conférence internationale, le droit à indemnité restera, même dans ces cas, ouvert à l'étranger lésé si, par l'irrégularité de ses formes ou l'exagération de ses effets, la mesure incriminée soulève des objections fondées au point de vue de sa valeur légale. Et, pour qu'elle échappe aux recours indemnitaires, il ne suffira même pas, ajoutent-ils, qu'elle soit pleinement correcte au regard des lois indigènes; il faudra aussi qu'elle le soit au regard de ces principes supérieurs du droit international et capitulaire que la rédaction préconisée par la circulaire de 1897 cherchait à reléguer dans l'ombre, et même à faire disparaître derrière les lois locales. En spécifiant que, dans les actions en réparation dirigées contre les actes de la puissance publique, l'existence de l'élément constitutif de la lésion qu'est l'incorrection légale ou l'anormalité du fait générateur de dommage peut être induite de la violation de règles de nature purement internationale, les commissaires

n'ont certainement pas voulu dire que la même induction ne puisse pas être tirée de la violation de lois indigènes.

Les développements entre lesquels s'encadre la phrase que nous avons cru devoir relever nous-même, pour prévenir les méprises d'une lecture superficielle ou distraite, montrent suffisamment l'in vraisemblance de pareille hypothèse. Pour songer à la formuler, il faudrait notamment faire abstraction de la déclaration si caractéristique, qui domine tout le rapport de la sous-commission et par laquelle celle-ci proclame sa ferme volonté de ne consentir aucune innovation de fond et de se borner à « préciser la portée de l'article 11 primitif ». Pour infirmer l'autorité de cette profession de foi et permettre, en s'inscrivant en faux contre elle, de conclure à un abandon, même partiel, des traditions jurisprudentielles anciennes par le législateur de 1900, il faudrait des arguments réellement décisifs, des preuves tirées de particularités non ambiguës de la rédaction actuelle de l'article 11. Tel n'est pas le cas de l'innovation que M. Pélessié du Rausas attribue aux juristes et aux diplomates de la Commission internationale de 1898-1899. Car, pour introduire cette innovation dans le texte arrêté par eux, il est nécessaire de faire subir une correction à ce texte et d'y sous-entendre des précisions ou des restrictions qui n'y figurent pas. Et pourtant il ne s'agirait pas là d'une simple retouche de détail, mais d'un bouleversement complet des habitudes jurisprudentielles, de la substitution à l'interprétation d'ensemble, jusque-là donnée par les tribunaux à l'article 11, d'une interprétation radicalement opposée. Nous avons constaté, en effet, que, sous l'empire de l'article 11 primitif, notre pratique

judiciaire n'a jamais distingué, au point de vue du recours indemnitaire, les mesures administratives qui contiennent violation des lois internationales de celles qui ne violent que les simples lois locales, et qu'elle s'est toujours considérée comme autorisée par le dit article à exercer sa critique indifféremment sur l'une et sur l'autre de ces deux catégories de mesures.

341. C'est en ce sens qu'il convient notamment d'entendre la formule, si fréquemment reproduite dans les exposés de motifs de nos décisions judiciaires, que nous avons empruntée aux arrêts de la Cour d'Appel d'Alexandrie des 5 janvier 1897 et 14 mai 1908 (1), et qui signale comme répondant seules à la notion de l'acte administratif, telle que la conçoit l'article 11, « les mesures qui sont arrêtées dans l'intérêt général et en conformité des lois et décrets en vigueur ». Dans cette définition, les mots lois et décrets ont incontestablement leur signification littérale et large et englobent, sans distinction d'origine internationale ou indigène, tous les textes législatifs et réglementaires applicables en Egypte. On ne saurait attribuer un autre sens à la phrase qui revient à chaque instant, bien avant 1900, dans les considérants de nos arrêts, et dans laquelle les tribunaux mixtes affirment la conviction motivée que la défense, qui leur est faite par l'article 11, d'interpréter une mesure administrative ou d'en arrêter l'exécution, se limite au cas où la mesure, pour laquelle cette protection est requise, a été prise régulièrement en la forme, par une autorité compétente et agissant dans le cercle normal de ses attributions. Les lois et règlements, auxquels il est fait implicitement allusion dans ce consi-

(1) *B. L. J.*, IX, 94-95. — *B. L. J.*, XX, 230-232.

dérant-type, et qui sont destinés à déterminer les formes dans lesquelles doit s'exercer l'activité administrative des divers organes de la puissance publique égyptienne ou à régler la répartition des compétences entre ces organes, sont, d'ordinaire, des actes de l'autorité khédiviale pour lesquels, à raison de leur nature même, le Gouvernement n'a pas songé à solliciter l'approbation des puissances, ce qui n'a jamais empêché les tribunaux mixtes, même sous le régime de l'ancien article 11, d'en relever la violation pour motiver l'octroi de dommages-intérêts aux étrangers victimes de la méconnaissance des lois locales. Nous ne nous attarderons pas à suivre les applications concrètes qui ont été données à ces idées générales; pour en dresser la liste, il nous faudrait parcourir une bonne moitié au moins des innombrables décisions que nos tribunaux ont été amenés à rendre sur le fondement de l'article 11 de 1876 à 1900. Il nous suffira de rappeler, comme un exemple choisi entre mille, l'arrêt de la Cour du 4 mai 1892 (1), qui proclame que, non seulement les règlements relatifs aux irrigations que l'administration a édictés de sa seule autorité, mais même les règles de gestion qu'elle a laissées s'établir en la matière par la répétition des précédents, la lient à l'égard des étrangers et protégés de puissances étrangères, aussi bien qu'à l'égard de ses ressortissants directs et que la méconnaissance ou l'application arbitraire de ces règlements ou de ces usages ouvre droit à réparation à l'étranger lésé par là dans ses intérêts.

342. Le seul fait que l'interprétation donnée par M. Pélassié du Rausas aux derniers mots du paragraphe 2 de notre

(1) *B. L. J.*, IV, p. 278-279.

article prend le contre-pied des solutions antérieurement admises par la jurisprudence et, par conséquent, se met en contradiction flagrante avec les déclarations de volonté conservatrices, si énergiquement affirmées dans le rapport de 1898, suffirait donc, en dehors même des objections de fond auxquelles elle se heurte, à nous en démontrer l'in vraisemblance. Aussi n'a-t-elle pas trouvé le moindre écho dans la pratique judiciaire de notre pays, qui, depuis la mise en vigueur de la nouvelle rédaction de l'article 11, n'a pas un instant cessé de suivre, avec la même persévérance et avec la même sûreté de marche que par le passé, les voies qu'elle s'était tracées à elle-même dès les premières années d'application de la Réforme judiciaire. Il devient vraiment difficile de dénombrer les décisions judiciaires qui, depuis 1900, ont rejeté la distinction que M. Péliissié du Rausas prétend établir, pour la mise en œuvre de la fin du paragraphe 2, entre les lois approuvées par les puissances et les lois dues à l'initiative isolée de l'Etat égyptien, et qui ont subordonné l'admission ou le rejet d'actions en indemnité, formées par des Européens du chef de préjudices à eux causés par des actes administratifs, à l'examen de la question de savoir si les dits actes avaient été pris en violation ou en conformité des lois et règlements émis par l'autorité législative locale dans son cercle de libre activité, en dehors de tout contrôle international. Ces décisions sont légion. Nous n'en voulons retenir que deux exemples qui nous paraissent assez significatifs pour nous dispenser de multiplier les citations.

343. C'est, tout d'abord, l'arrêt du 3 juin 1911 qui statue sur le cas d'un sujet britannique qui, engagé pour une durée de cinq ans comme conseiller à la Cour d'Appel

indigène, se plaignait que son contrat, arrivé à l'expiration, n'eût pas été renouvelé, en dépit de la protection du principe de l'inamovibilité accordée aux magistrats de son rang. La Cour d'Alexandrie y croit nécessaire, pour repousser la demande, de démontrer que le décret khédivial du 9 chaban 1300 (14 juin 1883) n'établît au profit des membres de la juridiction indigène supérieure qu'une inamovibilité imparfaite n'équivalant nullement à une nomination à vie. Et les considérants indiquent clairement que l'indemnité devrait être accordée s'il était démontré que les textes qui ont institué cette inamovibilité relative — et qui pourtant sont des textes de simple législation indigène — aient été violés au détriment du requérant (1).

344. Ce sont aussi et surtout, les décisions contradictoires entre elles en ce qui concerne la solution de la question de fond, mais concordantes sur la question de compétence, qui ont été successivement rendues dans l'affaire du vicomte Gabriel de Fontarce contre le Gouvernement égyptien, par le tribunal mixte du Caire, le 9 mai 1911, et par la Cour d'Appel d'Alexandrie, à la date du 21 mars 1912 (2). Le souvenir de ce procès sensationnel est encore certainement présent à l'esprit de tous nos compatriotes. Le demandeur, on se le rappelle, contestait la légalité — ou tout au moins le caractère obligatoire pour les étrangers établis en Egypte — d'une taxe temporaire destinée à faire face à des dépenses d'instruction et à des travaux publics, qui, à la suite de

(1) *B. L. J.*, XXIII, 348-351, John Selden Wilmore contre Gouvernement égyptien.

(2) *B. L. J.*, XXIV, 213-220.

deux délibérations du conseil provincial de Keneh, en date des 21 avril et 12 mai 1910, et comme conséquence de l'extension réalisée dans les attributions des conseils provinciaux par la loi du 13 septembre 1909 (loi n° 22 de 1909) avait été établie par le décret du 23 mai 1910 (loi n° 17 de 1910), dans la moudirieh de Keneh, sous la forme d'une majoration de 5 % ajoutée au principal de l'impôt foncier. Poursuivant réparation du préjudice causé par une saisie administrative pratiquée contre lui pour refus de paiement de cette taxe, et se trouvant ainsi dans l'un des cas exceptionnels où, comme nous l'avons déjà remarqué, la distinction entre la réparation par équivalent et la réparation en nature, qui constitue l'une des pièces principales du système italo-belge, cesse en fait de pouvoir jouer, il réclamait la restitution de la somme de 154 L. E. 544 M. qu'il prétendait avoir été indûment perçue à son encontre. Le jugement du 9 mai 1911 lui donne gain de cause, en invoquant que la taxe objet de contestation rentre, par sa nature et par son assiette, dans la catégorie des impôts fonciers; qu'à ce titre, elle aurait dû être votée par l'Assemblée générale en vertu de l'article 34 de la loi organique du 1^{er} janvier 1883 — loi spécifiquement égyptienne; — que ce texte, à raison même de son caractère organique n'a pas pu être modifié par l'article 2 de la loi du 13 septembre 1909, dont la lettre autorise sans doute le conseil provincial à voter, pour la moudirieh, des contributions temporaires destinées à des dépenses d'utilité publique, y comprises celles de l'enseignement, mais qui, n'étant qu'une loi ordinaire, n'a pu modifier la législation constitutionnelle; que, par conséquent, le décret du 23 mai 1910 se trouve entaché d'illégalité et que le demandeur, quoique étranger, était recevable à critiquer,

pour cause d'inobservation des formalités prescrites par les lois indigènes, les perceptions opérées en vertu de ce texte. Décision d'autant plus remarquable qu'elle ne se borne pas à apprécier la correction de l'acte de perception litigieux au point de vue de sa conformité avec les lois fiscales, en exécution desquelles il a été pris, et qu'elle n'hésite pas à aborder l'examen de la constitutionnalité même de ces lois.

Aussi, dans les conclusions déposées à l'appui de son appel, le Gouvernement se plaçait-il tout particulièrement sur ce dernier terrain pour combattre les conclusions des juges de première instance. S'inspirant pour les besoins de sa cause d'idées analogues à celles que nous avons vu développer par M. Pélassié du Rausas, il alléguait que le tribunal mixte du Caire aurait dû se borner à vérifier si la mesure fiscale incriminée était ou non en contradiction avec les principes du droit capitulaire, et notamment avec la loi du 7 Saffar 1284, qui règle la mesure dans laquelle les étrangers peuvent être soumis aux impôts à raison de la détention de terres sises dans l'Empire ottoman, sans discuter la valeur de cette mesure au regard des lois locales, qui restent en quelque sorte affaire de famille entre l'Etat égyptien et ses ressortissants; et il faisait valoir, pour obtenir la réformation du jugement rendu sur la question de compétence, que « les premiers juges s'étaient crus autorisés — nonobstant les interdictions formelles de l'article 11 du R. O. J. — à connaître d'un acte de souveraineté au premier chef : la loi organique du 1^{er} mai 1883 complétée par la loi du 13 septembre 1909, en l'interprétant constitutionnellement dans les rapports du Gouvernement avec ses ressortissants indigènes, au lieu de faire provision due au titre légal existant, c'est-à-dire

de se borner à vérifier simplement si, en fait, la taxe litigieuse était uniformément exigée des indigènes comme des étrangers propriétaires fonciers dans le ressort de Keneh, et si elle n'avait donné lieu à aucune réclamation dans les formes prévues par les lois organiques elles-mêmes, ce qui suffisait à établir sa légalité absolue à l'égard des étrangers ».

345. Tout en faisant droit, pour des raisons tirées de l'étude interne de la législation indigène aux conclusions du Gouvernement égyptien sur la question de fond, la Cour d'Alexandrie s'est refusée à les suivre en ce qui concerne la question de compétence. Nous avons déjà constaté dans la section précédente que l'arrêt du 21 mars 1912 est tout aussi démonstratif que le jugement du 9 mai 1911 de l'orientation de plus en plus défavorable à l'extension — et même à l'application de fait — de la théorie de l'acte de gouvernement que prend notre jurisprudence et qu'il mérite, à ce titre, être signalé au nombre des indices qui font croire que cette théorie n'est destinée chez nous, aussi bien qu'en Europe, à n'avoir qu'une valeur historique et à n'y jouer qu'un rôle de transition. Après avoir proclamé que, « si l'administration est souveraine pour décider, dans les limites de ses pouvoirs et en se conformant aux lois et règlements qui la régissent, en matière d'établissement et de recouvrement d'impôts, il appartient aux tribunaux mixtes, à défaut de toute organisation de tribunaux de contentieux administratif auxquels les étrangers seraient soumis, de juger si l'impôt dont on réclame le paiement ne présente rien d'illégal dans son principe, s'il n'est pas excessif quant au chiffre, aux termes de la loi applicable, ou si, dans l'application des lois et règlements, il n'a pas été commis une faute de nature à

obliger l'administration à une réparation ou à une restitution », la Cour d'Appel aborde, à la suite des premiers juges, l'analyse des textes de la législation indigène, mais déclare que c'est à tort que ceux-ci ont prétendu que la taxe litigieuse, en sa qualité d'impôt foncier, aurait dû être votée par l'Assemblée générale conformément à l'article 34 de la loi organique du 1^{er} mai 1883; qu'il n'est pas douteux que l'article 2 de la loi du 13 septembre 1909 a entendu donner aux conseils provinciaux pleine autonomie pour voter des contributions provinciales temporaires et des centimes additionnels sans aucune immixtion du Conseil législatif ou de l'Assemblée générale; que cet article de la loi de 1909, loin de déroger à la loi organique de 1883, ne fait que confirmer des principes déjà posés dans cette loi; que la disposition de l'article 34 ne vise que l'impôt permanent et général, perçu dans toute l'Egypte au profit de l'Etat, et non pas la contribution provinciale temporaire; que, dès lors, la perception critiquée n'étant, d'une part, que l'application fidèle de textes des lois indigènes parfaitement corrects, au point de vue du droit constitutionnel interne de l'Egypte, et ne heurtant, d'autre part, aucun des privilèges capitulaires, elle ne peut pas plus donner lieu à réparation au profit d'un étranger qu'au profit d'un indigène.

346. Ces décisions jurisprudentielles, et tant d'autres du même genre que nous pourrions y joindre, n'impliquent-elles pas la négation formelle de la distinction entre les actes administratifs pris en exécution de lois internationales et ceux qui sont pris en exécution de simples lois indigènes, par le moyen de laquelle M. Péliissié du Rausas prétend résoudre l'énigme de la formule finale du para-

graphie 2, et n'aboutissent-elles pas à des conséquences plus équitables et plus raisonnables que celles qui découleraient de la distinction en question ? Ne nous y trompons pas. L'explication de M. Péliissié du Rausas, malgré ses apparences de précision logique et en dépit du ton impressionnant de conviction avec lequel elle est développée, apparaît, quand on la regarde de près, beaucoup plus difficile encore à défendre que celle qu'esquissait en 1899 le premier commentateur, l'interprète avant la lettre du nouveau texte, M. Babled.

PARAGRAPHE IV

L'Explication de M. de Hults

347. La faillite de ces deux premiers systèmes qui, l'un et l'autre n'arrivent à donner un sens à la disposition finale du paragraphe 2 qu'en y sous-entendant des distinctions dont le législateur n'a pas parlé, va-t-elle donc nous obliger à nous rabattre sur une troisième explication proposée par M. de Hults dans le premier volume de son *Répertoire alphabétique de droit civil égyptien* et qui a, par comparaison avec les précédentes, le grand mérite de respecter la lettre de notre article, de l'accepter tel qu'il est sorti de la rédaction de 1900, sans prétendre le corriger ou le compléter. M. de Hults, lui aussi, estime que la seconde partie du paragraphe 2 forme, dans la pensée du législateur, antithèse avec le paragraphe 3, et vise, par conséquent, une seconde catégorie d'actes soustraits, comme les actes de gouvernement, à la juridiction indemnitaire des tribunaux mixtes. Mais, à la différence de MM. Babled et Péliissié du Rausas, il admet que cette seconde catégorie d'actes privilégiés embrasse en bloc toutes les mesures intervenues en exécution et confor-

mité des lois et règlements, sans qu'il y ait à distinguer si elles constituent des mesures d'administration générale ou des mesures d'administration spéciale et si elles mettent en œuvre des lois approuvées par les puissances ou de simples lois indigènes, pourvu toutefois que, dans ce dernier cas, il s'agisse de lois qui ne violent aucun des privilèges capitulaires. Voici d'ailleurs en quels termes il expose ses doctrines :

348. « La rédaction du texte du décret du 26 mars 1900, dans sa disposition qui modifie l'article 11 du R. O. J., a donné lieu à des débats assez confus devant la Commission technique et la Commission internationale chargées en 1898 d'étudier cette modification. Plusieurs membres ont critiqué le caractère vague du § 2 *in fine* qui, d'après eux, faisait double emploi avec le § 3 qui s'occupe des actes administratifs. Cette observation paraît avoir passé inaperçue et le texte n'a point été modifié. Tel qu'il est, il paraît s'occuper de trois catégories d'actes :

« 1^o) Les actes de souveraineté ;

« 2^o) Les mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique ;

« 3^o) Les actes d'administration qui ne rentrent pas dans la catégorie précédente.

« Quant aux deux premiers, la prohibition est formelle, les tribunaux ne peuvent en connaître ; quant aux troisièmes, ils ne peuvent ni les interpréter ni en arrêter l'exécution, mais ils sont compétents pour juger les atteintes portées par ces actes à un droit acquis des étrangers... » (1).

(1) DE HULTS, *Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien*, Chambéry, 1908, I, p. 354-355.

Et, plus loin : « Le texte que nous étudions s'occupe, en second lieu, des mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique. De quelles mesures s'agit-il ? Quelle est l'autorité qui peut les prendre ? On ne trouve rien à ce sujet dans les discussions. Seulement, ainsi que nous l'avons déjà dit, des membres de la Commission ont émis l'opinion qu'il y avait ici double emploi et qu'en réalité les mesures en question se confondent avec les actes administratifs dont il s'agit au paragraphe suivant. Ce double emploi n'est qu'apparent et l'apparence résulte seulement de ce que l'alinéa 3 ne dit pas tout ce qu'il veut dire. Certes, dans les deux cas, il s'agit de mesures administratives ou d'actes d'administration, c'est-à-dire de l'action du pouvoir administratif agissant comme tel et prenant par ses agents des dispositions générales ou spéciales, pour assurer l'exécution des lois et règlements ; mais dans l'alinéa 2, il s'agit d'actes réguliers et légaux ; dans l'alinéa 3, d'actes faits en violation des lois et règlements d'administration publique..... L'opposition très nette que le législateur a marquée entre le premier et le second cas ne peut avoir d'autre signification que celle-ci : dans le premier cas les tribunaux n'ont pas à intervenir parce qu'il n'y a pas de faute et, partant, pas de dommage à réparer ; *dans le second, les tribunaux peuvent, sans toutefois porter atteinte à l'acte d'administration, allouer des dommages-intérêts à la partie lésée, parce que la lésion de son droit résulte d'une faute dont le Gouvernement est responsable* » (1).

349. L'interprétation de M. de Hults évite, sans doute, les

(1) DE HULTS, *l. c.*, I, p. 357-358.

nombreuses et décisives objections, tirées soit de la lettre du texte, soit des principes généraux du droit capitulaire qui militent contre la thèse de M. Babled, et surtout contre celle de M. Péliissié du Rausas. Mais elle n'échappe pas pour cela à la critique. Ne voit-on pas, tout d'abord, que la distinction proposée est plus apparente que réelle ; qu'on ne nous fait pas connaître les signes qui pourraient bien permettre au tribunal de constater, sans entrer dans l'instruction même du fond de l'affaire, si la mesure administrative qui a donné naissance à la contestation portée devant lui rentre dans l'une ou dans l'autre des deux dernières catégories, dans celle qui est régie par le paragraphe 2 *in fine* ou dans celle qui tombe sous le coup du paragraphe 3, et de déterminer ainsi, avant d'avoir achevé l'étude interne des questions litigieuses pour lesquelles sa compétence est contestée, et d'être prêt à les solutionner, s'il avait réellement ou non le droit de s'en saisir ? Ne voit-on pas que si, interprétant restrictivement les mots : « en exécution et en conformité des lois », on considère comme répondant à cette définition et rentrant dans la catégorie privilégiée que viserait la fin du paragraphe 2, tous les actes que les administrations publiques compétentes émettent dans les cas prévus et dans les formes requises par les lois et règlements, sans se préoccuper des vices internes qu'ils pourraient présenter, on arrivera à nier la recevabilité du recours en indemnité dans une bonne partie, peut-être même dans la majorité des espèces où il est admis en fait par notre pratique et à mettre ainsi, bien malgré lui, le législateur de 1900 en opposition avec les idées directrices d'une jurisprudence qui n'a jamais varié depuis 1876 jusqu'à l'heure présente, et que si, inversement, on donne à l'expression « en exé-

cution et en conformité des lois » son acception la plus extensive et si, comme paraît le faire l'auteur dans le second des passages ci-dessus cités, on ne classe sous la rubrique en question que celles des mesures administratives dont la correction légale échappe à toute critique, aussi bien au point de vue du fond qu'au point de vue de la forme, on aboutira à une pure tautologie, en disant qu'il convient de placer sous la protection du paragraphe 2 *in fine* ceux des actes administratifs que les juges reconnaissent réguliers à tous égards, et comme tels insusceptibles de mettre en cause la responsabilité de l'Etat, et de laisser sous l'empire du paragraphe 3 ceux dont les tribunaux ont proclamé l'incorrection en admettant le bien-fondé d'actions en indemnité intentées à leur occasion ?

350. M. de Hults n'a pas réussi à résoudre cette première objection, qu'il a pourtant prévue ; car il déclare lui-même, à deux reprises différentes, qu'elle aurait déjà été présentée au cours des travaux préparatoires par plusieurs des membres de la sous-commission technique de 1898 qui auraient critiqué la fin du paragraphe 2 comme faisant double emploi avec le paragraphe 3. Il ne nous a pas été possible de contrôler cette affirmation, en présence de la sécheresse des documents officiels qui, systématiquement, se sont bornés à analyser les décisions arrêtées par la sous-commission sans reproduire les débats qui les ont précédées. Mais la haute situation que M. de Hults a occupée dans notre magistrature indigène à l'époque de la réfection de l'article 11, ainsi que les relations d'amitié ou de confraternité qu'il a entretenues avec ceux des représentants de la magistrature mixte et du contentieux du Gouvernement qui ont participé aux travaux de la sous-commission technique de 1898, ont dû lui fournir les moyens de se

documenter aisément sur les idées qui ont été échangées au cours des délibérations de cette assemblée et de remédier par un appel à ses souvenirs personnels aux lacunes que présentent les procès-verbaux officiels. Quoiqu'il ne nomme pas ses garants, nous acceptons donc avec confiance les renseignements qu'il nous fournit, mais sans leur attribuer plus de précision que n'en comportent les attestations d'un témoin qui, contemporain des faits décrits, a pu les suivre d'assez près, mais uniquement au travers des récits d'autrui. Il nous prévient lui-même que, si quelques-uns des commissaires de 1898 ont fait remarquer que les actes compris dans la formule finale du paragraphe 2 paraissent se confondre avec ceux qui forment l'objet du paragraphe 3 et s'ils ont critiqué, de ce chef, la rédaction du paragraphe 2, leur remarque est passée inaperçue ou, en tout cas, n'a pas été suivie de discussion; et de cela nous pouvons conclure que le maintien final du texte dans sa teneur antérieure, en dépit de ces observations, n'implique nullement condamnation, pas plus qu'approbation d'ailleurs, de la façon d'envisager les rapports des paragraphes 2 et 3 qui a donné naissance aux critiques en question. De ces traditions orales et privées, d'origine inconnue, on ne saurait donc tirer aucune induction précise sur la signification que le législateur de 1900 a entendu attribuer aux derniers mots du paragraphe 2. Mais on trouve, en revanche, dans les travaux préparatoires, un document autrement clair, qui présente un caractère officiel, dont les termes ont été soigneusement pesés, et qui suffit à nous prouver que cette signification ne saurait être celle que préconise M. de Hults. C'est le rapport de la sous-commission dont la déclaration finale, déjà si souvent rappelée, fournit, comme nous l'avons vu,

une direction aussi sûre que générale pour l'interprétation, soit de l'ensemble, soit des diverses parties du nouvel article 11.

351. L'explication de M. de Hults ne peut pas plus que celles de MM. Babled et Pélissié du Rausas se concilier avec la volonté, si résolument affirmée par la sous-commission technique, de faire œuvre de consolidation — jamais de réformation — par rapport aux traditions jusqu'à suivies dans la pratique des tribunaux mixtes. La doctrine de M. de Hults — et c'est la raison décisive qui nous force à la rejeter — prétend, en effet, cantonner l'application de la disposition principale de l'article 11, reléguée par la rédaction de 1900 dans le paragraphe 3, à ceux-là précisément d'entre les actes des administrations publiques que la jurisprudence antérieure à 1900 — et d'ailleurs aussi la jurisprudence postérieure — a toujours déclaré vouloir soustraire à la protection de cet article ; auxquels elle a constamment refusé de reconnaître la qualité de mesures administratives au sens dudit texte, et qu'elle s'est toujours obstinée à traiter, au même titre que les simples actes de gestion, comme des actes administratifs impropres abandonnés au droit commun de l'article 10 du *R. O. J.* ; c'est-à-dire aux mesures qui n'ont pas été prises en exécution et en conformité des lois et des règlements, à celles dans l'émission desquelles les formes légales n'ont pas été observées, ou qui n'émanent pas d'autorités compétentes ou qui dépassent le cercle des attributions de ces autorités ou qui n'ont pas été édictées dans un but d'intérêt général. Il suffit de se rappeler la définition de la « mesure administrative », qui est devenue classique dans notre littérature jurisprudentielle, et que nous avons relevée dans les arrêts analysés au début de cette section, pour sentir toute

la distance qui sépare les conceptions invétérées dans notre jurisprudence de celle que M. de Hults prête au législateur de 1900, sans paraître s'apercevoir qu'il lui fait prendre ainsi une attitude en opposition avec ses manifestations d'esprit pacifique et conservateur. Et que l'on ne s'y trompe pas; il n'y a pas là qu'une simple question de mots ou de classification. M. de Hults entend, en effet, soumettre les actes d'autorité irréguliers, et notamment ceux qui sont pris en violation des règles de forme ou de compétence édictées par les lois et règlements, à un régime bien différent de celui qui leur était assigné avant 1900 — et qui leur est encore assigné — par l'usage de nos tribunaux. Il déclare en termes des plus formels — et cette conséquence est imposée par la logique de son système — que ces actes ne sont soumis à la compétence de la juridiction mixte qu'au seul point de vue du contentieux indemnitaire, mais qu'ils y restent soustraits en ce qui concerne soit le contentieux de l'interprétation, soit le contentieux d'annulation sous les formes dérivées du refus de concours à l'exécution ou de la réparation en nature accordée à la partie lésée, tandis que, dans le système de la jurisprudence, les tribunaux n'étant plus liés par la défense d'interpréter les mesures administratives ou d'en arrêter l'exécution en face d'opérations de ce genre, jouissent, par rapport à elles, d'un pouvoir d'investigation et d'appréciation aussi large qu'en face d'actes émanant de particuliers.

352. Nous ne saurions suivre M. de Hults, sur le terrain dangereux et mouvant où il s'engage, en attribuant le rôle d'une étiquette, destinée à différencier au sein de la famille des actes administratifs l'une des variétés dont elle se composerait, à l'expression « mesures prises en exécu-

tion et en conformité des lois et règlements d'administration publique » qui, dans le langage courant de notre pratique judiciaire représente la définition commune à tous les actes administratifs. Nous sommes d'autant moins tenté de le faire que nous pouvons nous convaincre aisément combien il serait téméraire de prêter le caractère d'élément de particularisme dans le développement de nos institutions juridiques, et de déviations par rapport au droit commun occidental, aux traditions jurisprudentielles qui rejettent, en dehors du cercle de compréhension de la notion technique de l'acte administratif, les mesures prises par les organes de l'administration publique sans l'autorisation de la loi ou des règlements, ou en violation des règles de forme et de compétence posées dans les textes législatifs et qui, par conséquent, condamnent à rester perpétuellement vacante la troisième des classes d'actes administratifs énumérées par M. de Hults, celle qu'il présente comme le domaine réservé à l'action du paragraphe 3 de l'article 11. En dégageant les principes que nous venons de rappeler, notre jurisprudence s'est, en effet, inspirée des façons d'envisager les relations naturelles de l'administration et de la législation qui sont aujourd'hui les plus courantes dans la littérature scientifique européenne; et ce n'est pas seulement dans les arrêts des tribunaux mixtes que nous voyons développer l'idée que les mesures prises par les administrations publiques en violation des lois et règlements n'ont droit ni à la qualification technique d'actes administratifs, ni au traitement de faveur et aux prérogatives exceptionnelles dont bénéficient les actes de puissance publique rentrant sous cette qualification.

353. Ce sont là conceptions que nous retrouvons notamment — dans celui des pays européens dont la constitution nous a fourni le premier germe du système de défense des droits individuels consacré par l'article 11 du *R. O. J.* — exprimées sous la plume de l'un des plus récents et des meilleurs interprètes du droit administratif belge : « Pour que l'acte administratif, dit M. Errera, soit appliqué par les tribunaux, *il ne suffit pas qu'il soit non contraire à la loi; il faut qu'il soit conforme à elle.* Ceci indique la nécessité pour toute autorité administrative de *puiser dans la loi la source de sa compétence; ses actes doivent assurer l'exécution de la loi* (Constitution, article 67). A la question : l'acte rentre-t-il dans la compétence de cette autorité? la réponse n'est pas : oui, sauf si la loi le défend; mais bien : non, à moins que la loi ne le permette. Le Roi même n'a plus chez nous le résidu de souveraineté : son pouvoir est d'attribution. Sur les matières non prévues par la loi, dans les domaines nouveaux de police que le progrès ouvre tous les jours à la vie sociale et à la réglementation, des actes administratifs n'ont pas été validés par le pouvoir judiciaire faute de loi préexistante sur la matière » (1). Sans doute, la principale des conclusions pratiques que M. Errera cherche à dégager de ses développements, l'affirmation que le Roi ne peut pas faire de règlements, et notamment de règlements de police, sur des objets non prévus par les lois, n'est-elle pas absolument incontestée en Belgique, et lui-même signale-t-il la contradiction de Giron (2). Mais les dissidents eux-mêmes n'ont jamais

(1) ERRERA, *Traité de droit public belge*, p. 254. Cf. p. 207.

(2) GIRON, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, Bruxelles, 1895, III, p. 349, V^o Roi, N^o 13.

songé à soutenir qu'une mesure prise malgré la loi et à l'encontre de ses prescriptions puisse s'imposer au respect des tribunaux, et l'opinion prédominante considère-t-elle qu'il ne peut y avoir d'acte administratif qu'en vertu d'une autorisation des lois et, par conséquent, *en exécution des lois* !

354. La doctrine française, en dépit des divergences inévitables d'orientation dues à l'existence de la juridiction administrative, paraît cependant s'inspirer de la même conception générale de l'acte administratif, tout en la mettant en œuvre par des moyens différents. C'est visiblement elle qui domine la pensée de Laferrière quand, voulant tracer les limites qui séparent l'acte de gouvernement de l'acte administratif ordinaire, il écrit : « administrer, c'est assurer l'application journalière des lois »(1), ou celle de M. Berthélemy, quand au seuil de son manuel de droit administratif, il caractérise en ces termes les relations de la fonction administrative avec les autres fonctions de l'Etat : « la fonction de juger et la fonction d'administrer sont aussi séparées dans la pratique, comme elles sont distinctes dans la théorie, mais *elles concourent à la même fin qui est l'exécution de la loi* et, pour cette raison, je les rattache l'une et l'autre au même pouvoir qui est le pouvoir exécutif » (2). C'est elle qui s'exprime dans l'étude de M. Artur sur la *séparation des pouvoirs et des fonctions*, au travers des lignes suivantes : « *administrer, c'est ajouter aux lois, qui ne peuvent s'exécuter sans une intervention continue et spontanée de la puissance publique, les actes*

(1) *Traité de la juridiction administrative et des recours de contentieux*, I, p. 33.

(2) *Traité de droit administratif* (7^e édition), p. 1.

nécessaires à cette exécution. L'administration pourvoit avec le législateur, sous l'autorité de la loi et par des procédés différents de la loi, au fonctionnement et à l'organisation des services publics » (1). C'est elle encore qui a amené M. Georges Teissier à glisser dans les conclusions présentées devant le tribunal des conflits, comme commissaire du Gouvernement, dans la célèbre affaire Feutry, cette phrase caractéristique : « la vérité, c'est que tous les actes accomplis par la puissance publique et ses agents, pour assurer la gestion des services publics, *constituent des applications de lois et règlements administratifs* » (2). M. Duguit lui-même, qui critique pourtant dans d'autres passages de son traité de droit constitutionnel, en partant du point de vue sociologique, la doctrine de M. Berthélemy et d'un grand nombre d'autres techniciens d'après laquelle la fonction administrative aurait pour fin l'exécution des lois (3), n'hésite pas, tout en dénonçant les exagérations de langage que l'on peut reprocher aux formules usuelles que nous venons de rappeler, à s'approprier ce qu'il y a d'essentiel dans l'idée qu'elles expriment et à conclure que « dans un régime d'Etat de droit et dans une période législative comme ceux des Etats modernes, le droit objectif se confondant approximativement avec la loi, *l'acte administratif ne peut être utilement fait que dans les limites fixées par la loi*. La fonction administrative, dit-il, a ainsi son domaine déterminé par le *législateur et l'Etat administrateur ne peut agir que dans les cas et sous les conditions*

(1) P. 19 du tirage à part.

(2) Sous le tribunal des conflits, 23 février 1908, LEBON, p. 216.

(3) *Traité de droit constitutionnel*, I, p. 198.

déterminées par l'Etat législateur » (1). Et, faisant quelques pages plus loin application du principe à la détermination des pouvoirs de police des administrations publiques, il ajoute : « Il est certain que, dans un régime de légalité, comme celui de l'Etat moderne, de pareilles décisions de police ne peuvent intervenir que *dans les cas prévus par une règle générale qui est la loi* et qui détermine la compétence des agents chargés de prendre ces décisions individuelles » (2). Si l'on peut épiloguer avec M. Duguit, sur la valeur de l'expression classique : « en exécution des lois » et se demander, à sa suite, si, dans la langue usuelle du droit, elle ne prend pas une signification qui dépasse la portée littérale des mots, il n'est pas douteux, dans la doctrine française, que la conformité aux lois ne constitue l'un des caractères intrinsèques, l'un des éléments de classification de l'acte administratif au sens juridique du mot.

355. On ne peut même pas dire que cette conception ait uniquement cours dans les jurisprudences du groupe latin. On en retrouve l'écho dans la doctrine germanique de ces dernières années et, notamment, dans le traité de droit administratif allemand de M. Otto Mayer où l'administration est définie « l'activité de l'Etat pour la réalisation de ses buts et *sous son ordre juridique* » (3), et où nous voyons développer l'idée que le jugement et l'acte administratif constituent deux modes parallèles d'application de la loi et que l'administration, soumise au même titre

(1) DUGUIT, *l. c.*, I, p. 195-196.

(2) DUGUIT, *l. c.*, I, p. 204. Cf. aussi HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 630.

(3) Edition française, I, p. 13.

que la justice, à la domination de la loi, exécute les ordres de cette dernière par ses décisions d'autorité; de même que la justice les met en œuvre par le moyen de ses arrêts (1). La définition qui dénie la valeur d'actes administratifs aux mesures, qui, quoique émanées d'administrations publiques, ne sont pas prises en exécution et en conformité des lois et règlements, n'est donc pas une création arbitraire de nos tribunaux mixtes. C'est à tort qu'on prétendrait y voir, pour parler le langage de la circulaire de 1897, une manifestation de leur esprit envahissant et de leur humeur frondeuse. Elle paraît, au contraire, découler d'une saine analyse des choses. En tout cas, elle est implantée de façon inébranlable dans notre pratique judiciaire et nous ne rencontrons pas le moindre indice qui permette de supposer que le législateur de 1900 ait pu avoir un instant la pensée de la combattre ou de la répudier.

PARAGRAPHE V

La signification et la raison d'être de la disposition finale du paragraphe 2

356. Il faut donc renoncer à opposer l'une à l'autre, et à traiter comme des catégories distinctes, régies l'une par le paragraphe 2, l'autre par le paragraphe 3 de l'article 11, d'une part, « *les mesures prises par le Gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique* » et, d'autre part « *les actes d'administration* ». Les deux expressions sont absolument synonymiques dans la langue du droit égyptien, et force est bien

(1) *L. c.*, I, p. 70-72.

de reconnaître, dès lors, que la fin du paragraphe 2 et le paragraphe 3 désignent, sous des noms différents, les mêmes opérations administratives. L'économie générale des deux paragraphes, qui seuls ont été l'objet de retouches en 1900, se dessine ainsi clairement à nos yeux. Ils ne distinguent pas, comme le pensait M. de Hults, trois classes d'actes d'administration — l'acte de gestion est bien entendu hors de cause, puisque régi par l'article 10 — mais seulement deux : d'un côté l'acte de souveraineté ou de gouvernement et, de l'autre côté, l'acte d'administration proprement dit ou mesure prise en exécution et en conformité des lois et règlements. Le paragraphe 2 formule une règle générale, applicable en principe aux deux sortes d'actes, la défense d'en connaître adressée aux tribunaux mixtes. Puis le paragraphe 3 indique que cette défense n'est absolue qu'en ce qui concerne la première catégorie — actes de gouvernement — et qu'elle comporte, au contraire, une exception en ce qui concerne la seconde catégorie — actes d'administration *stricto sensu* — qui n'échappe à la compétence des tribunaux mixtes qu'en matière de contentieux de l'interprétation et de contentieux de l'annulation au sens large et imprécis du mot, mais demeure accessible à cette compétence en matière de contentieux indemnitaire. Les tribunaux ne peuvent donc sous aucun prétexte contrôler un acte de souveraineté ou de gouvernement; ils peuvent se saisir de la connaissance d'un acte d'administration proprement dit ou d'un acte d'autorité ordinaire en vue de réparer par l'octroi de dommages-intérêts les lésions qu'il a causées aux droits individuels des bénéficiaires des Capitulations, mais non pas pour l'interpréter ou en arrêter l'exécution. Telle est

manifestement la signification des deux dispositions combinées du nouvel article 11 (1).

357. Mais cela justifie-t-il le reproche de faire double emploi que, d'après M. de Hults, quelques-uns des membres de la sous-commission de 1898 auraient adressé à ces dispositions? Faut-il conclure de là que les derniers mots du paragraphe 2 ne jouent qu'un rôle de pur remplissage et qu'on doive les considérer comme dénués de signification propre? Non. Ils conservent toute leur valeur. Il suffit de parcourir le tableau comparatif que nous avons dressé au début de ce chapitre pour comprendre, à la lumière des travaux préparatoires, que cette fin de paragraphe introduit dans l'article 11, non pas une modification de fond — nous savons assez que le législateur de 1900 a entendu s'abstenir de toute mesure de ce genre — mais une précision destinée à mettre en relief l'un des traits les plus originaux, mais en même temps les plus aisément susceptibles de discussion et de critique, du système de protection des droits individuels emprunté par les réformateurs de 1876 aux législations belge et italienne.

358. La circulaire de 1897 avait, par la rédaction même qu'elle donnait au paragraphe 2, soulevé la question de

(1) Il n'y a pas le moindre doute sur ce point dans la pratique judiciaire. L'interprétation de M. de Hults, proposée à plusieurs reprises devant nos tribunaux au nom d'administrations publiques, n'y a jamais trouvé écho. Cf. notamment l'arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie du 26 mars 1910. — Elefteris et consorts contre municipalité d'Alexandrie — dans *B. L. J.*, XXII, p. 335-336, et l'arrêt rendu par la même Cour dans l'affaire de la société des Oasis d'Héliopolis, à la date du 30 avril 1913. (Voir les numéros du vendredi 2 mai dans les journaux *Les Nouvelles*, p. 1, colonne 4, *La Bourse égyptienne*, p. 2, colonne 3, et *B. L. J.*, XXV, p. 343.

la détermination des pouvoirs d'investigation du juge en ce qui concerne l'appréciation de la légalité des actes d'administration déferés à son examen par les recours contentieux des particuliers et elle avait tout naturellement cherché à résoudre ce problème dans le sens le plus restrictif, en prévoyant que le tribunal devrait se déclarer incompétent et se refuser à pousser plus loin son examen, par cela seul qu'il constaterait que la mesure administrative incriminée, visant dans son dispositif un texte légal, se présenterait extérieurement comme prise *en vue de l'exécution ou de l'application* des lois et règlements d'administration publique. Elle entendait que provision fût faite à la qualification légale ainsi donnée par l'administrateur lui-même à son acte et que les juges fussent tenus à s'incliner sans discussion devant toute opération portant l'étiquette distinctive des mesures d'application administrative des lois sans pouvoir rechercher si elle en offre aussi les caractères intrinsèques, notamment si elle rentre réellement dans le cercle de prévision du texte invoqué et si elle émane bien de l'autorité compétente pour l'accomplir.

359. La sous-commission de 1898, étant données les tendances conservatrices de la majorité de ses membres, ne pouvait évidemment pas adhérer à de pareilles propositions. Mais, saisie par le fait même de leur présentation, de la question de compétence des tribunaux mixtes en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs, la sous-commission technique en a retenu l'examen et a profité de l'occasion qui s'offrait à elle pour la trancher dans un sens conforme aux aspirations antérieures de la jurisprudence et, par conséquent, dans un esprit absolument opposé à celui qui animait

la circulaire de 1897. Alors que, dans le projet de Bouts Pacha, les juges étaient invités à s'incliner devant les intentions affichées par les administrateurs en émettant leurs actes d'autorité, le texte arrêté par la Commission technique autorise les tribunaux à vérifier si ces intentions sont d'accord avec la réalité. En substituant aux mots « mesures prises *en vue de l'exécution ou de l'application des lois* » qu'avait employés la circulaire, l'expression, de signification toute différente, « *en exécution et en conformité des lois* », les commissaires de 1898 ont assez clairement exprimé que, contrairement aux prétentions émises dans la circulaire, les tribunaux ne doivent se déclarer incompétents pour connaître d'une opération qualifiée administrative qu'autant qu'ils constatent préalablement que cette opération répond aux conditions de forme et de fond nécessaires à l'existence ou à la validité de l'acte administratif. En s'emparant de la définition restrictive de l'acte administratif, qui se transmettait déjà antérieurement d'arrêts en arrêts, pour l'incorporer dans le paragraphe 2 du nouvel article, le législateur de 1900 a entendu s'approprier les doctrines jurisprudentielles, que cette définition était destinée à résumer, et consacrer officiellement l'existence au profit des juridictions de la Réforme d'un droit de contrôle sur la légalité des actes administratifs.

360. Il importe de préciser quelle est exactement l'esèce de contrôle de légalité qui est visée et réglementée dans cette fin du paragraphe 2. Dans la logique du système italo-belge de défense judiciaire des droits individuels, il n'y a pas place pour une théorie générale et uniforme de l'appréciation de la correction légale des actes administratifs par les tribunaux, mais bien pour deux théories

nettement distinctes, qui ne concordent pas en fait et ne peuvent même pas concorder dans leurs résultats. Sous l'empire de ce régime les juges sont, en effet, amenés à examiner la valeur légale des actes administratifs dans deux catégories de cas fort différentes :

1^o A l'occasion de l'exercice de leur juridiction indemnitaire, pour établir s'il y a eu ou non lésion du droit individuel, parce que, comme nous l'avons constaté en suivant le développement de ce régime en Italie, la lésion implique par définition l'idée d'un dommage infligé injustement ou illégalement, et, par conséquent, la supposition d'une usurpation de droit ou d'un dépassement de droit de la part de l'auteur de l'acte générateur de préjudice.

2^o Pour la mise en œuvre de la défense qui leur est faite d'interpréter les actes administratifs ou d'en arrêter l'exécution, parce qu'ils ne sont liés par cette défense, et n'ont même le droit de l'invoquer, qu'après s'être assurés que l'opération administrative que l'on prétend ainsi soustraire à leur juridiction d'interprétation et à leur juridiction d'annulation, au sens large du mot, présente les caractères requis par la loi pour constituer un acte administratif régulier et doué de force obligatoire.

La première de ces deux formes du contrôle de légalité rentre parmi les éléments indispensables au fonctionnement du système italo-belge. Aussi n'a-t-elle pas besoin d'y être consacrée par un texte spécial. Le droit et le devoir de l'exercer sont les corollaires inévitables de la compétence indemnitaire reconnue aux tribunaux et se présentent comme les suites nécessaires de la mission qui leur est conférée de rechercher, afin d'en assurer la réparation, les lésions causées aux droits individuels par

les actes d'administration. La seconde, au contraire, n'est que l'un des éléments naturels, fort important sans doute, mais non plus essentiel de ce système qui, si on la supprimait — comme demandait qu'on le fit pour l'Egypte la circulaire de 1897, — perdrait la meilleure part de son efficacité, mais sans cesser complètement de fonctionner. On comprend dès lors fort bien que, dans une pensée de prévoyance, pour éviter toute controverse et toute méprise, le législateur prenne soin d'en affirmer l'existence par un texte spécial et formel. Aussi est-ce à cette seconde application du contrôle judiciaire sur la légalité des actes administratifs que se réfèrent, soit l'article 107 de la Constitution belge de 1831, soit l'article 5 de la loi italienne du 20 mars 1865.

361. C'est elle aussi que vient consacrer, en consolidant sur ce point la jurisprudence antérieure — la formule finale du paragraphe 2 de notre nouvel article 11, qui reproduit, en termes plus concis, l'idée que nous avons déjà vu développer dans l'article 107 de la Constitution belge. Reprenant la tradition suivie par toutes les législations du même groupe, cette fin de texte interdit aux tribunaux de prêter leur concours à l'exécution de mesures d'administration qu'ils reconnaissent avoir été prises en violation des lois ou règlements, et les dispense d'observer, par rapport aux opérations de ce genre, les restrictions apportées dans l'intérêt des actes administratifs réguliers aux pouvoirs d'investigation et de décision que comporte normalement la fonction juridictionnelle. C'est cette disposition finale du paragraphe 2 qui nous explique la présence dans nos recueils d'arrêts de décisions, relativement assez fréquentes, qui pourraient au premier abord

paraître en opposition avec les principes directeurs du système italo-belge de défense des droits, et où nous voyons les juges, tantôt se refuser à faire état d'une mesure prise ou d'une décision rendue par l'un des représentants de l'autorité administrative, tantôt même recourir — pour amener l'administrateur, qui en est l'auteur, à revenir sur cette mesure ou à rapporter cette décision — à tous les moyens de contrainte qui sont mis à la disposition de l'autorité judiciaire et notamment à l'énergique instrument de pression qu'est *l'astreinte* judiciaire (1). Ce sont là solutions qui ne se rencontrent, en fait, que dans des espèces où les tribunaux mixtes étaient appelés à statuer sur les réclamations suscitées, soit par de simples actes de gestion régis par l'article 10, soit par des mesures n'ayant que l'apparence, et non la réalité, de l'acte de commandement, parce que prises en dehors des prévisions légales. Se plaçant, par les conditions mêmes dans lesquelles elles sont intervenues, en dehors de la sphère assignée par notre législateur à la domination du système italo-belge, elles ne peuvent à aucun titre être mises en conflit avec les règles de ce système.

362. Le contrôle judiciaire de la légalité des actes administratifs, sous la forme où l'organise la fin du paragraphe 2, ayant pour rôle de permettre au tribunal de discerner dans l'application pratique les cas où il continue à pouvoir exercer sa fonction juridictionnelle normale de ceux où il lui faut se contenter des pouvoirs de juridiction, très strictement mesurés, qui lui sont laissés pour l'expédition du contentieux des actes de

(1) Cf. les arrêts de la Cour d'Appel d'Alexandrie du 9 mai 1901. *B. L. J.* XIII, 294, et du 14 mai 1908. *B. L. J.*, XX, 230.

puissance publique, et se traduisant, quand il est défavorable à l'acte examiné, par des sanctions exceptionnellement graves et étendues, il va de soi qu'il doit se cantonner strictement dans les limites que lui assigne le but même qu'il poursuit : éviter que les tribunaux ne soient amenés par une application aveugle et automatique de la prescription principale du paragraphe 2 de l'article 11, c'est-à-dire de la défense de connaître des mesures administratives en vue de l'interprétation ou de l'annulation, à couvrir de leur autorité et à fortifier par leur concours des opérations qui, se trouvant viciées dans leurs origines par des illégalités, ne peuvent prétendre ni à la dignité ni à la valeur juridique d'actes administratifs. Pour conjurer le danger, il suffit, qu'avant d'accorder la protection de l'article 11, le juge s'assure que l'acte des administrations publiques, qui va en jouir, réunit toutes les conditions de validité requises par la loi. Tant que se pose seulement cette question préliminaire de savoir s'il est en présence d'une opération régie par le droit commun de l'article 10 du *R. O. J.* ou d'une opération bénéficiant du régime de faveur de l'article 11, le juge doit s'en tenir à une inspection en quelque sorte extérieure de l'acte, inspection de sa régularité, de sa concordance avec les règles de forme et de compétence prescrites par le législateur et, si cette inspection tourne en faveur de l'acte litigieux, se refuser à l'interpréter et à se mettre en travers de son exécution (1). Mais, même alors, l'accomplis-

(1) Sur les difficultés que soulève la distinction des irrégularités de nature à entraîner l'inexistence légale de l'acte administratif et de celles qui ne donnent lieu qu'à l'une des nombreuses sanctions qui s'échelonnent au dessous de la nullité absolue : Cf. JÈZE, *Essai d'une théorie générale de la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, dans *Revue du droit public*, XXX,

sement de sa tâche de juridiction indemnitaire l'amènera nécessairement à se livrer à une nouvelle série d'investigations, beaucoup plus étendues, et surtout beaucoup plus intimes, sur la valeur légale de l'acte administratif en cause, en l'envisageant, non plus au point de vue de ses formes et de ses conditions d'existence, mais au point de vue de ses effets, pour rechercher si les sacrifices qu'il impose par sa concurrence aux droits individuels dépassent ou non la mesure prévue par les lois. Sur ce terrain nouveau de l'appréciation de la valeur légale, non plus de l'acte lui-même, qui est reconnu avoir été régulièrement pris, mais des suites de cet acte, ou plutôt de celles de ses suites juridiques que critique l'auteur du recours en indemnité, ce n'est plus le paragraphe 2 de l'article 11 qui règle le fonctionnement du contrôle judiciaire — c'est le paragraphe 3 qui vient fournir, mais seulement d'une façon indirecte et implicite, les éléments de cette réglementation, en dressant la liste des droits qui sont protégés — et par là même des catégories de lésions dont réparation est assurée — par l'intervention tutélaire des tribunaux mixtes.

1913, p. 302-331. — *Sanctions des irrégularités entachant les actes juridiques accomplis par les agents administratifs*, dans la même Revue, XXIX, 1912, p. 718-724. — LEDOUX, *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, dans *Revue générale d'administration*, 1912, I, p. 406 et suiv. — HANS Kelsen, *Ueber Staatsunrecht*, dans Gruenhut's *Zeitschrift fuer das Privat-und Oeffentliche Recht der Gegenwart*, XL, 1913, p. 47-95. — KORMANN, *System der rechtsgeschaefentlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, p. 232 et suiv. — JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt*, Tuebingen, 1898, p. 27 et suiv. — BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Vienne, 1891, p. 269. — TEZNER, *Handbuch des oesterreichischen Administrative Verfahrens*, Vienne, 1896, p. 239 et suiv.

SECTION III

Classification des sources du droit acquis

363. Des trois modifications apportées par la revision de 1900 à la rédaction antérieure de l'article 11, la plus aisée à expliquer est incontestablement celle qui a été réalisée par le paragraphe 3 actuel. La signification en ressort, en effet, sans aucun effort, de la marche même des travaux préparatoires.

Dans la partie de l'article 11, où il avait cherché à définir l'étendue de la compétence indemnitaire assignée aux juridictions de la Réforme par rapport aux actes d'autorité des administrations publiques égyptiennes, le législateur de 1876 n'avait pas serré d'assez près l'expression de sa pensée; il s'était servi d'une formule, beaucoup trop restrictive et qui ne reflétait certainement pas ses véritables intentions, en disposant que les tribunaux « pourront juger, *dans les cas prévus par le Code civil*, les atteintes portées à un droit acquis d'un étranger par un acte d'administration ». Il va de soi que le membre de phrase « dans les cas prévus par le Code civil » ne pouvait être pris à la lettre; car, pour l'entendre avec sa signification apparente, il eût fallu établir, au point de vue de la protection judiciaire du droit individuel dans ses rapports avec l'activité administrative, une opposition entre les facultés juridiques reconnues par le Code civil lui-même, et celles qui ne sont consacrées ou réglementées

que par les autres Codes mixtes, comme le Code de commerce par exemple; et cette opposition eût conduit, non seulement à des effets par trop injustes — injuste et invraisemblable ne sont pas toujours termes synonymiques dans le domaine du droit positif — mais, ce qui est plus grave, à des résultats véritablement absurdes.

364. En revanche, l'allusion au Code civil mixte, si inconsiderément introduite dans la fin de notre texte, eût fort risqué, si la disposition de l'article 11 était tombée sur un terrain moins bien préparé que ne l'était l'Egypte de la Réforme judiciaire à la réception du système italo-belge, de fournir le point de départ d'une distinction entre les droits acquis, d'une part, au sens de la terminologie du droit civil, c'est-à-dire les facultés juridiques strictement individualisées, de nature patrimoniale ou familiale, existant au profit d'un individu ou d'une catégorie d'individus par rapport à certaines choses ou par rapport à d'autres personnes de droit privé, qui sont étiquetées, cataloguées et décrites dans leur contenu interne et leurs relations respectives par les diverses branches du droit privé et, d'autre part, ceux des droits subjectifs des particuliers qui se meuvent dans le domaine du droit public : droits politiques proprement dits, garanties collectives de la dignité et de l'indépendance humaines telles que celles que la doctrine française groupe sous le nom de droits de l'homme et du citoyen, droits réflexes dérivant par contre-coup au profit des administrés des règles assignées par la loi à l'exercice de l'activité des administrations publiques, droits d'origine administrative découlant de situations objectives créées par les actes administratifs eux-mêmes. Si notre pratique judiciaire s'était laissée dominer par des

préoccupations semblables à celles qui ont guidé la marche de la jurisprudence belge et de la jurisprudence italienne, il lui eût été relativement facile, en se cantonnant dans l'analyse du R. O. J. et en épilogueant sur les mots « prévus par le Code civil », d'interpréter l'article 11 comme restreignant la protection judiciaire, qu'il organise au profit des droits individuels, à la seule sphère, sinon du droit civil au sens strict du mot, du moins du droit privé; comme ne garantissant contre les usurpations de la puissance publique que ceux des droits — tels la propriété et ses démembrements, tels les droits contractuels — dont la fonction normale est de régler les rapports des particuliers entre eux; et comme soustrayant à l'intervention tutélaire de la juridiction mixte, même par la voie modeste du contentieux indemnitaire, les droits subjectifs accordés aux individus sur le terrain politique et administratif, ceux qui se réfèrent à la réglementation légale des relations entre gouvernants et gouvernés.

365. Mais, même ainsi rectifiée et élargie, l'interprétation littérale de la fin de l'article 11 se fût heurtée à chaque instant et sur les points les plus variés aux règles antérieures des Capitulations, qui reconnaissent, au profit des ressortissants d'Etats étrangers, toute une série de prérogatives administratives et de garanties de droit public que les auteurs de la Réforme de 1876 n'ont nullement abrogées ou suspendues, et dont ils ont incontestablement entendu confier la défense aux nouvelles juridictions qu'ils instituaient. Et ces juridictions internationales, étant, par leur origine et leur composition mêmes, plus portées à étendre qu'à restreindre, dans leur application aux espèces pratiques, les privilèges assurés à leurs justiciables par le jeu des Capitulations, ne pouvaient guère se laisser arrêter

dans la mise en œuvre de l'article 11 par le souci de respecter les restrictions que semblait apporter à leur compétence le bout de phrase glissé sans réflexion suffisante dans la partie finale de cet article.

366. Dès le lendemain de la mise en vigueur des institutions de la Réforme, la jurisprudence des tribunaux mixtes, déniait toute signification aux mots « prévus par le Code civil » et les traitant comme non écrits, étendit sans hésitations la protection de l'article 11 à tous les droits subjectifs des particuliers, sans distinguer si ces droits étaient destinés à s'exercer dans le champ du droit privé ou dans le champ du droit public et administratif : champs qui, d'ailleurs — nous l'avons constaté précédemment — ne sont pas séparés en Egypte, comme en France, par des barrières infranchissables, mais se confondent, comme les parties d'un même tout, dans le domaine plus vaste de la loi commune. Nos tribunaux mixtes ont même exercé de tous temps, à l'égard des relations les plus nettement administratives de l'Etat égyptien avec ses administrés de nationalité étrangère, leur mission de défense du droit individuel avec plus de prédilection et de vigilance qu'en toute autre matière; et c'est précisément leur propension, parfois trop apparente, à développer le plus possible cette partie de leurs attributions, qui a provoqué, à la suite de l'affaire de la Caisse de la Dette, les réclamations véhémentes de Boutros Pacha et le travail de révision, plus laborieux que fructueux, auquel l'article 11 a été soumis de 1897 à 1900. A l'époque où s'ouvrent les négociations en vue de la réfection de notre article — et c'est surtout contre cela que proteste la circulaire de 1897, — la protection juridictionnelle des droits subjectifs administratifs, individuels ou collectifs, des particuliers, et

spécialement des droits individuels réflexes de règles du droit objectif — droit à l'observation des prescriptions de forme ou de fond par lesquelles la loi conditionne l'exercice de l'activité administrative, droit à l'accomplissement régulier et correct par l'Etat, soit de sa tâche de gestion des services publics, soit de ses obligations essentielles de puissance publique — était déjà tout aussi développée — peut-être même plus développée — que dans les plus évoluées des jurisprudences d'Occident, y compris la jurisprudence administrative française.

367. Mais le développement du régime de l'art. 11 dans le sens d'une extension de plus en plus grande du côté des droits individuels publics et administratifs n'avait pu s'opérer sans créer une contradiction des plus apparentes entre le texte, d'allures restrictives, de la loi et ses applications jurisprudentielles. On comprend aisément que les membres de la sous-commission technique, qui appartenaient, pour la plupart, au personnel des tribunaux mixtes, aient été fort disposés à rétablir l'harmonie entre la loi et la jurisprudence, en faisant accepter officiellement par la première de ces autorités les résultats produits par le travail de la seconde, et qu'ils aient consenti, sans aucune difficulté, à substituer, dans la nouvelle rédaction de l'article 11, aux mots « prévus par le Code civil », une formule assez compréhensive pour englober et consacrer législativement toutes les données antérieures de la jurisprudence. Mais on comprend beaucoup moins bien qu'ils aient pu être provoqués à ce travail de consolidation jurisprudentielle par ceux-là mêmes qui se plaignaient alors de l'esprit dominateur et de l'humeur trop entreprenante des tribunaux de la Réforme, c'est-à-dire par les auteurs ou inspirateurs de la circulaire de 1897.

368. La circulaire de 1898 proposait, on se le rappelle, deux sortes de mesures, qui, dans son esprit, devaient tendre à limiter la compétence des tribunaux mixtes, en ce qui concerne la reconnaissance et la protection à l'encontre des empiètements administratifs des droits acquis des particuliers. La première aurait consisté dans l'établissement d'une distinction entre les droits *individuels* au sens strict du mot, qui, seuls, auraient pu, en cas de conflit avec les pouvoirs de commandement exercés par les administrations publiques, profiter de l'intervention protectrice des juridictions de la Réforme, et les droits *collectifs*, dont la tutelle intéressée et discrétionnaire aurait été réservée à l'autorité administrative, en dehors de toute ingérence et de tout contrôle de l'autorité judiciaire, et dont la violation, en cas de mésusage de leurs attributions par les administrateurs, aurait cessé désormais, en l'absence d'une organisation de la justice administrative, de pouvoir donner ouverture à un recours contentieux quelconque au profit des victimes de ces irrégularités ou de ces illégalités. Envisagée dans sa formule théorique, cette distinction paraissait de nature à coopérer fort efficacement à la réalisation du but visé dans la circulaire, c'est-à-dire à soustraire à la critique des tribunaux mixtes les actes d'administration générale, ou, tout au moins, une partie importante d'entre eux, et à prévenir, dans un grand nombre de cas, sinon toujours, la réapparition des obstacles d'ordre judiciaire qui, dans le passé, avaient ralenti ou contrarié plus d'une fois la marche de développement des aspirations de la politique britannique en Egypte, et contre lesquels les gouvernants venaient de se heurter si rudement dans cette affaire de la Caisse de la

Dette, dont le souvenir, encore irritant, domine et explique tout l'ensemble des propositions de Boutros Pacha.

369. Mais cette distinction des droits individuels et des droits collectifs était plus aisée à formuler qu'à appliquer et il était à craindre, pour cette raison, qu'à l'épreuve de l'expérience, elle ne causât quelque désillusion à ceux qui croyaient pouvoir compter sur elle pour réfréner « l'esprit trop envahissant » des juridictions de la Réforme. Les deux notions, peut-être assez artificielles au fond, qu'elle mettait en parallèle et en opposition, ne se prêtaient guère à une définition rigoureuse, et leurs frontières respectives offraient une souplesse et une indécision de lignes quelque peu inquiétantes. Un droit subjectif peut, en effet, être reproduit à une infinité d'exemplaires; il peut même être concédé à toute une classe de particuliers, tant que l'exercice en reste divis, sans que les facultés légales ainsi rapprochées par l'appartenance à un même groupe, cessent, par le seul fait de leur juxtaposition, de présenter le caractère de droits strictement individuels. Il ne faut donc chercher, ni dans le nombre des individus appelés à bénéficier d'un droit, ni même dans la manière dont est formulée leur vocation, l'indice distinctif permettant d'intégrer ce droit dans la classe des droits collectifs ou dans celle des droits individuels. Il eut donc été aisé à la jurisprudence des tribunaux mixtes, en supposant qu'elle persévérât dans ses tendances antérieures — et il y avait tout lieu de penser qu'elle ne les modifierait pas spontanément — de rendre illusoire cette première réserve apportée à sa compétence administrative, en profitant de l'absence de tout critère formel pouvant servir à mettre en œuvre la distinction ainsi esquissée et à l'imposer à

son respect, pour reconnaître systématiquement le caractère individuel à tous les droits des particuliers, et ne laisser, en fait, aucune place dans la pratique à la notion en elle-même ambiguë, et renfermant quelques éléments de contradiction interne, du droit acquis collectif.

370. Sans doute, les auteurs de la circulaire de 1897, qui plaidaient sur le terrain diplomatique la cause qu'ils venaient de perdre définitivement sur le terrain judiciaire avec l'arrêt de la Cour d'Appel du 2 décembre 1896, et dont les propositions, en dépit de leur apparence abstraite et générale, visaient, avant tout, un résultat immédiat et concret : obtenir des puissances le désaveu de l'attitude prise par les juridictions de la Réforme dans le procès qui venait de se clore, se représentaient-ils les droits collectifs à l'image de ceux qui venaient d'être invoqués devant les tribunaux par les porteurs de titres de la Dette égyptienne, sur le fondement des garanties stipulées dans leur intérêt collectif par les puissances, lors de l'établissement de la Caisse de la Dette ou dans d'autres accords conclus avec l'Egypte ? Peut-être entendaient-ils grouper, sous la rubrique « droits subjectifs collectifs » celles des facultés légales qui, impliquant une solidarité de fait entre tous ceux qui sont admis à s'en prévaloir, ne peuvent être mises en œuvre par l'un des ayants droit sans bénéficier, du même coup, à tous les autres, et spécialement ceux des droits individuels conglomérés ou associés, dont l'exercice est confié, dans l'intérêt collectif des titulaires, à des représentants conventionnels ou légaux, et qui ne se prêtent pas à action individuelle ou isolée. Mais, si telle était bien la pensée de derrière la tête des inspireurs de la circulaire, l'expérience qu'ils venaient de faire

dans le procès de la Caisse de la Dette, et les diversités de vues qui s'étaient produites dans cette affaire entre les juges de première instance et les juges d'appel sur l'admissibilité de l'action du syndicat Herbault et consorts, devaient les prévenir que, en dehors du cas où un texte de loi formel refuse aux titulaires des droits agglomérés la faculté d'intenter isolément l'action qui les sanctionne, la question de savoir si ces droits sont ou non susceptibles d'exercice individuel, parallèlement à l'exercice collectif, risque de donner naissance aux variations de jurisprudence les plus accusées.

371. C'est sans doute parce qu'elle se rendait compte de la valeur très relative de la protection, qu'était destinée à offrir aux gouvernants, contre les risques d'extension du contrôle judiciaire à leurs actes d'administration générale, cette distinction entre les droits individuels et les droits collectifs, qui n'eût pas suffi, si elle eût déjà été consacrée dans le texte primitif, à mettre obstacle à l'émission des décisions judiciaires, alors récentes, qui avaient si vivement et si légitimement ému les représentants des intérêts anglais en Egypte, que la circulaire de 1897 a cru devoir proposer de la doubler par une classification limitative des sources juridiques donnant naissance à des droits acquis aptes à bénéficier de l'application de l'article 11 du R. O. J. On aurait peine, toutefois, à saisir comment, en partant de pareilles préoccupations, les auteurs de la circulaire de 1897 ont pu être amenés, par un étrange paradoxe, à renoncer à la formule si restrictive de l'article 11 ancien, et à prendre eux-mêmes l'initiative de préconiser une définition infiniment plus extensive du droit acquis, si les phénomènes d'aberration juridique, dont ils

ont été victimes ne nous étaient révélés par le très suggestif document qu'est cette note explicative de 1898, qui nous explique pourquoi la diplomatie anglaise, quoique possédant déjà dans son jeu une partie des atouts décisifs qui devaient lui assurer, l'année suivante, sur le terrain de la politique à main armée, la brillante revanche de Fachoda et de la déclaration du 21 mars 1899, a pu se laisser battre si complètement en 1898, par la diplomatie française, sur le terrain où l'avait engagée, sans préparation suffisante, l'inexpérience de ses conseillers techniques.

372. Quelque invraisemblable que cela puisse paraître, il faut bien reconnaître que les rédacteurs de la circulaire de 1897 ont cru, de la meilleure foi du monde, que l'introduction, dans le paragraphe 3 de l'article 11, des mots : « droit acquis reconnu aux étrangers, soit par des traités, soit par des lois, soit par des conventions », réaliserait, par rapport aux termes employés dans la rédaction de 1876 : « dans les cas prévus par le Code civil..... atteintes portées à un droit acquis..... », une modification décisive dans le sens de la restriction de la compétence des tribunaux mixtes. C'est ce qui résulte clairement de la note explicative de 1898, que nous avons reproduite intégralement dans le chapitre II du présent livre et qui, après avoir déclaré, en abordant l'examen de cette partie des propositions de Boutros Pacha, que l'innovation qu'elles tendent à réaliser « consiste dans l'indication du genre de droits acquis qui peut motiver l'intervention du pouvoir judiciaire », et après avoir énuméré les abus antérieurs qui justifieraient cette innovation, termine ses développements sur notre paragraphe en reprochant à

la jurisprudence de la Cour d'Appel de s'être crue « autorisée à exercer un véritable droit de contrôle sur tous les actes du Gouvernement égyptien, sous prétexte d'une atteinte à un droit acquis d'un étranger, *sans se préoccuper la plupart du temps d'indiquer les dispositions législatives ou les stipulations conventionnelles qui auraient été violées au préjudice de l'étranger* », et en affirmant que « c'est pour mettre un frein à cette tendance que le Gouvernement a cru devoir spécifier clairement, dans la nouvelle rédaction, les seules sources dans lesquelles l'étranger peut puiser un droit dont la sauvegarde est confiée à l'autorité judiciaire, à savoir *les traités internationaux, les lois locales ou les conventions* ».

373. La véritable raison d'être du projet de paragraphe 3 proposé par la circulaire, devrait donc, d'après cette note, être cherchée dans l'allusion faite aux lois. Conventions et traités internationaux ne constituent en quelque sorte que l'encadrement de la disposition principale, qui a pour but de proclamer que tous les droits individuels, qui prétendent à la protection de l'article 11 — tout au moins s'ils ne sont pas d'origine contractuelle ou internationale — doivent justifier de leur consécration par *des lois* du pays. Les auteurs de la note explicative s'imaginent que l'insertion dans la fin de l'article 11 de ces mots « *reconnus par des lois* », aura nécessairement comme conséquence que les tribunaux mixtes ne pourront plus tenir compte, dans les relations des particuliers avec les administrations publiques, que des droits qui sont individuellement décrits et réglementés dans un texte formel des lois locales, et qu'il leur deviendra désormais impossible de faire état, dans le domaine du contentieux administratif, de ceux des

droits subjectifs des particuliers dont l'existence n'est déduite que de la combinaison de dispositions diverses de la loi, dont aucune n'a pour but direct de les prévoir; qui découlent seulement des principes généraux du droit, et non pas du texte impératif de tel ou tel article de loi. Méprise certaine, due à ce que les inspireurs de la circulaire de 1897 et de la note de 1898 interprétaient avec leur mentalité britannique une disposition destinée à être incorporée dans une législation d'exportation française, qui, par conséquent, obéit aux lois de développement propres aux jurisprudences latines et ignore les méthodes d'élaboration juridique spéciales aux jurisprudences anglo-saxonnes. Instinctivement, ils transportaient dans le droit mixte égyptien, qui, pourtant, y était absolument réfractaire, leur conception nationale du *statut* qui, imitant les procédés du *judge-made-law* et résolvant d'avance, en quelque sorte par voie de jugements abstraits, une série d'hypothèses définies ou de cas de loi nettement déterminés, est destiné, comme les précédents judiciaires sur lesquels il se façonne, à vivre d'une vie indépendante, sans se combiner avec les textes législatifs antérieurs, et que l'on peut, selon le mot expressif de Sir Henry Sumner-Maine, interpréter sans sortir de ses quatre coins.

374. Ils oubliaient que, dans une législation s'inspirant, comme la nôtre, des traditions françaises, où les textes légaux sont destinés par leur groupement à donner naissance à un jeu de principes apte à fournir la solution de toutes les difficultés qui se présentent dans la pratique, où les lois spéciales ne se prêtent point à une interprétation isolée et ne prennent leur signification définitive qu'en pénétrant dans le système juridique dans lequel

elles doivent se fondre, le législateur endosse d'avance la responsabilité de tous les développements que l'interprétation judiciaire fait sortir des éléments épars de son œuvre, et que notre jurisprudence dispose par là même de ressources fort semblables à celles qui ont permis à la Cour de Cassation française de justifier par l'invocation des articles du Code civil la réglementation donnée à une série d'institutions, comme l'assurance sur la vie, par exemple, qui ne se sont développées que depuis la rédaction de ce Code. Sous l'influence de l'inexpérience de la terminologie juridique française, qui s'affirme de façon si frappante dans tout l'ensemble de leur exposé, les auteurs de la circulaire de 1897 et de la note de 1898 ont cru pouvoir consacrer, par le seul emploi du mot « lois », une méthode de développement fragmentaire du droit, par voie de dégagement de solutions ou de cas indépendants les uns des autres, qui n'est compréhensible que pour des juristes habitués à un régime combiné de précédents judiciaires et de statuts, sans s'apercevoir que, dans un milieu vivant sous le régime de la codification, le mot « lois » prend nécessairement une valeur toute différente, et que tous les droits subjectifs individuels consacrés par la conception de la légalité et de la juridicité régnante à une époque déterminée dans la jurisprudence rentrent naturellement, aux yeux de juristes formés par la culture latine ou française, dans la définition des droits reconnus par les lois.

375. Cette méprise s'affirme, avec une naïveté saisissante, dans les passages de la note explicative qui énumèrent celles des catégories de décisions que la Cour d'Appel d'Alexandrie a pu émettre, dans le domaine admi-

nistratif, sous l'empire de l'ancien article 11, et dont le texte proposé aurait la vertu de conjurer le renouvellement. Les auteurs de ce document en sont réduits à citer comme tels : 1° Les arrêts relatifs à l'indemnité due aux fonctionnaires congédiés, pour le cas de renvoi intempestif, qui, en réalité, ne sont qu'une mise en œuvre, fort correcte au point de vue des méthodes d'interprétation juridiques latines, de l'article 492 du Code civil mixte; 2° Les décisions judiciaires accordant des dommages-intérêts aux propriétaires victimes d'irrégularités commises par l'administration dans le service des irrigations, quoique ces décisions soient, d'ordinaire, motivées par l'invocation et des textes du Code civil sur le droit de propriété, et des règlements d'administration publique qui concernent la matière des irrigations; 3° Les solutions par lesquelles la Cour d'Appel a affirmé son droit de connaître des réclamations dirigées par ses justiciables contre la légalité des applications qui leur sont faites de l'impôt; solutions qui, pourtant se présentent, en la forme même, comme des applications du firman du 18 juin 1867 (Safar 1284). Pareilles illusions, pareilles confusions de mots éclairent assez les origines de la formule arrêtée par les défenseurs de la thèse anglo-égyptienne en 1897. Grâce à elles nous comprenons enfin comment ils ont pu être amenés à proposer eux-mêmes une rédaction si contraire à leurs vues réelles et si défavorable à leurs intérêts.

376. La sous-commission technique ne prit cependant pas immédiatement acte de la concession involontairement et inconsciemment faite par les inspireurs de la circulaire de 1897, dans cette partie de leur projet, aux revendications de compétence administrative antérieurement

formulées par les tribunaux mixtes. L'amendement Vercamer se contentait de rayer du texte ancien, dans la rédaction du nouveau paragraphe 3, les mots : « dans les cas prévus par le Code civil » et maintenait pour le surplus à ce texte, sinon sa teneur littérale, tout au moins sa signification antérieure, en faisant disparaître, en même temps que la distinction que la circulaire proposait d'établir entre les droits individuels et les droits collectifs, l'énumération qu'elle prétendait donner des sources du droit acquis. Mais, à la réflexion, la sous-commission s'aperçut que cette classification des droits acquis, dans les termes où elle était formulée par les Gouvernements anglais et égyptien, ne pouvait que favoriser dans l'avenir le développement, dans le sens du contentieux administratif, de la juridiction des tribunaux de la Réforme. Procédant à une sélection entre les propositions de la circulaire, s'appropriant celles qui devaient fortifier la défense judiciaire des droits subjectifs des ressortissants d'Etats étrangers, et rejetant celles qui risquaient de la diminuer, elle supprima définitivement l'épithète « individuel », que Boutros Pacha avait accolée au terme « droit acquis », mais reprit, pour la transporter dans sa rédaction, qui est devenue le texte actuel, le commentaire extensif donné à ce terme par les mots « reconnu soit par des traités, soit par des lois, soit par des conventions ». En même temps, elle eut soin, pour prévenir à l'avance toute confusion, de spécifier expressément dans son rapport, que, si elle reproduisait sur ce point le texte de la Commission, elle entendait lui donner une signification radicalement opposée à celle qu'avaient cru à tort pouvoir lui prêter les auteurs de la note explicative de 1898. Il s'agit là, dit-elle, d'une retouche, ou plutôt, d'une précision, qui ne peut qu'être approuvée.

« L'ancien texte prévoyait, en effet, les atteintes portées à un droit acquis, dans *les cas prévus par le Code civil*, tandis que la nouvelle rédaction explique que ce droit peut avoir sa source, *soit dans un traité, soit dans une loi, soit dans une convention.* »

377. Nous avons vu se dégager, au cours des travaux préparatoires du décret du 26 mars 1900, deux interprétations contradictoires de cette fin du paragraphe 3 de l'article 11 : l'une manifestement inconciliable avec la lettre du texte, et esquissée au début des négociations par la partie qui devait finalement succomber sur toute la ligne au cours de cette lutte diplomatique ; l'autre, laissant aux mots le sens qui leur appartient naturellement dans un pays de droit codifié, et adoptée par la Commission internationale de 1898, non pas à la simple majorité de ses membres, mais à l'unanimité moins deux voix. Il ne pouvait être douteux, dès lors, que la seconde de ces interprétations fut la bonne. Aussi est-ce celle-là qui a prévalu, sans la moindre difficulté, dans la jurisprudence postérieure des tribunaux mixtes, et l'analyse des arrêts rendus par la Cour d'Alexandrie de 1900 jusqu'à nos jours nous montre-t-elle que jamais notre pratique judiciaire n'a apporté plus de hardiesse dans le développement de la protection judiciaire des droits subjectifs publics et administratifs des particuliers.

Vu :

Lyon, le 4 Janvier 1914,
Le Président de la Thèse,
Signé : EDOUARD LAMBERT.

Vu :

Lyon, le 5 Janvier 1914,
Le Doyen de la Faculté,
Signé : L. JOSSERAND.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 7 Janvier 1914,
Le Recteur de l'Académie,
Signé : JOUBIN.

